

REVISTA DE PROCESSO

Ano 37 • vol. 205 • março / 2012

Direção

ARRUDA ALVIM

Coordenação

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER

CONSELHO INTERNACIONAL – Andrea Proto Pisani (Itália), Carlos Ferreira da Silva (Portugal), Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México), Eduardo Ojeda (Argentina), Emmanuel Jeuland (França), Federico Carpi (Itália), Francesco Paolo Luiso (Itália), Hans Pritchard (Alemanha), Héctor Fix-Zamudio (México), Italo Augusto Andolina (Itália), Jairo Parra (Colômbia), Joan Pico i Junoy (Espanha), José Lebr de Freitas (Portugal), Linda Mulenik (USA), Loïc Cadet (França), Lorena Bachmaier Winter (Espanha), Luigi Paolo Comoglio (Itália), Mario Pisani (Itália), Michele Taruffo (Itália), Miguel Teixeira de Sousa (Portugal), Neil Andrews (Inglaterra), Paula Costa e Silva (Portugal), Pedro Juan Bertolino (Argentina), Peter Gilles (Alemanha), Peter Gottwald (Alemanha), Roberto Berzonze (Argentina), Roger Perrot (França), Rolf Stürmer (Alemanha), Sergio Chiaroni (Itália), Ulrich Haas (Suíça), Victor Fairén Guillén (Espanha), Vincenzo Vigoriti (Itália), Walter Recheberger (Áustria), Wolfgang Grunsky (Alemanha).

CONSELHO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS – Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Antonio Gidi, Dieter Nunes, Eduardo Cambi, José Carlos Barbosa Moreira, Nelson Nery Junior, Ronnie Preuss Duarte.

CONSELHO DE ORIENTAÇÃO – Theresza Celina de Arruda Alvim (presidente) – Ana Cândida da Cunha Ferraz, Celso Antônio Bandeira de Mello, Cito Fornaciani Junior, E. D. Moniz Aragão, Edgard Lippman Jr., Eduardo Ribeiro de Oliveira, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andriqini, Fernando da Costa Tourinho Filho, Galeno Lacerda, Gentil do Carmo Pinto, Gilberto Quintanilha Ribeiro, Hélio Tomaghi, Herminio Alberto Marques Porto, João Batista Lopes, José Afonso da Silva, José Augusto Delgado, José Carlos Barbosa Moreira, José Carlos Moreira Alves, José Eduardo Carreira Alvim, José Ignácio Botelho de Mesquita, Luiz Fux, Marcelo Zarif, Milton Luiz Pereira, Moacyr Lobo da Costa, Mozart Victor Russomano, Petrónio Calmon Filho, Sálvio de Figueredo Teixeira, Sebastião de O. Castro Filho, Sérgio Ferraz, Sydney Sanchez, Teori Albino Zavascki.

CONSELHO EDITORIAL – Luiz Manoel Gomes Jr. (responsável pela seleção e organização do material jurisprudencial) – Ada Pellegrini Grinover, Alexandre Freitas Câmara, Amari Mascaro do Nascimento, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Antonio Carlos Marcato, Antônio Janyr Dall'Agnol Jr., Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Aaken de Assis, Athos Gusmão Carneiro, Cândido Rangel Dinamarco, Cassio Mesquita de Barros Junior, Dirceu de Mello, Donald Armeijn, Edson Ribas Malachini, Emino Bastos de Barros, José Horácio Cirtra Gonçalves Pereira, José Rogério Cruz e Tucci, Jurandyr Nilsson, Kazuo Watanabe, Marcos Afonso Borges, Milton Evaristo dos Santos, Milton Paulo de Carvalho, Nelson Luiz Pinto, Nelson Nery Junior, Rodolfo de Camargo Mancuso, Rogério Lauria Tucci, Roque Komatsu, Sérgio Bermudes, Vicente Greco Filho.

CONSELHO DE REDAÇÃO – Alcides Munhoz da Cunha, Angélica Muniz Leão de Arruda Alvim, Antonio Alberti Neto, Antonio Carlos Matteis de Arruda, Antônio Cezar Peixoto, Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, Antonio Gidi, Antonio Rigolin, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Carlos Alberto Carmona, Carlos Eduardo de Carvalho, Carlos Roberto Barbosa Moreira, Cassio Scarpinella Bueno, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Eduardo Cambi, Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Eduardo Talamini, Elisabeth Lopes, Fábio Luiz Gomes, Flávio Cheim Jorge, Flávio Renato Correia de Almeida, Flávio Yarshel, Francisco Duarte, Francisco Glauber Pessoa Alves, Fredie Didier Jr., Gilson Delgado Miranda, Gisela Zilisch, Gisela Heloisa Cunha, Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, Henrique Fagundes Filho, James José Marins de Souza, Joaquim Felipe Spadoni, José Eduardo Carvalho Pinto, José Miguel Garcia Medina, José Roberto Bedaque, José Scarance Fernandes, Leonardo José Carneiro da Cunha, Luiz Edson Fachin, Luiz Fernando Belinfante, Luiz Guilherme Maritoni, Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Sérgio de Souza Rizzi, Luiz Vicente Pellegrini Porto, Marfran Maia Jr., Manoel Cacetano, Marcelo Abêlha Rodrigues, Marcelo Bertoldi, Marcelo Lima Guerra, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, Marcus Vinicius de Abreu Sampaio, Odilon Ferreira Nobre, Oreste Nestor de Souza Laspro, Patrícia Miranda Pizzoli, Paulo Henrique dos Santos Lucron, Pedro Dinamarco, Rita Gianesini, Rodrigo da C. Lima Freire, Ronaldo Bretas de C. Dias, Rubens Lazzarini, Rui Geraldo Camargo Viana, Sérgio Gilberto Porto, Sérgio Ricardo A. Fernandes, Sérgio Seiji Shimura, Sidnei Agostinho Benei, Sônia Márcia Hase de Almeida Baptista, Suelcy Gonçalves, Uliatiana do Couto Mauricio, Victor Bomfim Marins, William Santos Ferreira, Willis Santiago Guerra Filho.

CONSELHO DE APOIO E PESQUISA – Adriano Perazzo de Paula, André de Luiz Correia, Cláudia Cimardi, Cláudio Zarif, Cleunice Pitombo, Cristiano Chaves de Farias, Daniel Milfidoro, Fabiano Carvalho, Fernando Zeni, Fernão Bocha Franco, Francisco José Cahai, Graziela Marins, Gustavo Henrique Righi Badaró, José Carlos Poni, José Sebastião Fagundes Cunha, Legnardo Lins Morato, Maria Elizabeth Queijo, Maria Lucia Lins Conceição, Maria Theresza Assis Moura, Rita Vasconcelos, Roberto Portugal Bacelar, Robson Carlos de Oliveira, Rodrigo Barioni, Rogéria Dotti Doria, Rogério Licastro Torres de Mello, Sandro Gilbert Martins.

REVISTA DE PROCESSO

Ano 37 • vol. 205 • março / 2012

Direção

ARRUDA ALVIM

Coordenação

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER

Publicação oficial do

Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP



Repositório de jurisprudência autorizado pelo Superior Tribunal de Justiça, pelos Tribunais Regionais Federais das 1.ª, 4.ª e 5.ª Regiões, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.



EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

4

EDUARDO HENRIQUE DE OLIVEIRA YOSHIKAWA

Mestre e Doutorando em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Processual; Civil

RESUMO: O presente estudo examina a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e a possibilidade de sua aplicação no direito brasileiro, incluindo a sua disciplina no Projeto do novo Código de Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Prova – Ônus da prova – Distribuição dinâmica – Segurança jurídica – Novo Código de Processo Civil.

ABSTRACT: The following essay examines the theory of dynamic distribution of the burden of proof and the possibility of its application in Brazilian law, including its discipline in the Project of the new Code of Civil Procedure.

KEYWORDS: Evidence – Burden of proof – Dynamic distribution – Legal certainty – New Code of Civil Procedure.

SUMÁRIO: 1. Conceito de ônus e de ônus da prova – 2. Fundamentos do ônus da prova: 2.1 A necessidade de certeza para o julgamento do mérito da causa; 2.2 A proibição do *non liquet* – 3. Ônus da prova como critério de julgamento e como mecanismo indutor de comportamento – 4. A regra de distribuição do ônus da prova do art. 333 do CPC (distribuição *ope legis*) – 5. Segurança jurídica e alteração *ope iudicis* do ônus da prova – 6. A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e seus fundamentos – 7. Críticas – 8. A distribuição dinâmica do ônus probatório no Projeto do novo Código de Processo Civil – 9. Bibliografia.

*"Quero certeza, provas oculares (...). Fogo-me ver,
ou ter tal prova ao menos, que não me reste aspecto nem detalhe que
deixe dúvida (...). Quero prova (...). Quem me deira sober!"*
(Shakespeare, Otelo, Ato III, Cena III, Trad. Barbara Heliodora).

1. CONCEITO DE ÔNUS E DE ÔNUS DA PROVA

Há muito tempo procura a doutrina processual fornecer uma definição de ônus. Goldschmidt a ele se refere como “imperativo do próprio interesse”¹ (definição adotada por inúmeros autores, de Couture a Dinamarco). De forma similar, afirma Carnelutti ser o ônus “una facultad, cuyo ejercicio es necesario para el logro de un interés”².

A partir de tais lições, podemos afirmar que o ônus cria uma situação jurídica em que a pessoa a que se reconhece a faculdade de agir em benefício de um seu interesse, sem ser obrigada a agir, provavelmente o fará,³ para evitar o prejuízo (certo ou meramente potencial) resultante da sua omissão.

Não se trata de uma obrigação, pois não cria para outrem o direito de exigir o seu cumprimento. Quem “descumprir” (= não atende) a um ônus não pratica ato ilícito. É antes uma “obrigação” da parte para consigo mesma.⁴

Embora não se trate de categoria exclusivamente de direito processual, os ônus têm particular importância para o processo, cuja existência, do nascimento à extinção, é marcada por uma sucessão de ônus processuais (de demandar, de afirmar, de contestar, de requerer a produção de provas, de provar, de recorrer etc.).

Entre estes vários ônus, mostra-se de particular importância o ônus da prova, disciplinado pelo art. 333, I e II, do CPC, com base no qual se determina quais são as consequências da falta de demonstração dos fatos alegados e quais dos litigantes há de suportá-las.

Por força do referido preceito legal, a alteração da distribuição do ônus da prova no processo somente é possível nos casos expressamente autorizados pelo próprio Código de Processo Civil ou pela legislação extravagante,⁵ sob

pena de violação do devido processo legal.⁶ É o que ocorre na chamada inversão do ônus da prova, em decorrência, por exemplo, da convenção das partes (art. 333, parágrafo único, do CPC), de alguma presunção relativa, legal (art. 334, IV, do CPC) ou humana (art. 335 do CPC), ou da verossimilhança das alegações de consumidor hipossuficiente (art. 6.º, VIII, do CDC), situações que não se confundem (embora tenham pontos de contato) com o que a doutrina tem denominado *distribuição dinâmica* do ônus da prova.

2. FUNDAMENTOS DO ÔNUS DA PROVA

2.1 A necessidade de certeza para o julgamento do mérito da causa

A primeira razão da existência do ônus da prova é a necessidade de formação do convencimento do juiz quanto aos fatos da causa, isto é, a certeza quanto a terem ocorrido ou não os fatos controvertidos alegados pelas partes: “Há certeza, relativamente a um fato, quando o espírito se convence da sua existência ou inexistência”.⁷

O direito processual brasileiro, seguindo a trilha de outros países, não adotou a teoria segundo a qual as partes sempre convencem o juiz, ainda que minimamente. Não se pode falar em convencimento quando o juiz “é obrigado a se contentar com o que prepondera”.⁸

Como aduziu Gian Antonio Micheli, “no probar del todo o probar insuficientemente es, por tanto, idéntico en el proceso civil, puesto que en ambos casos, agotada negativamente la fase de valoración de las pruebas, entra siembre en aplicación la regla de juicio antes recordada”.⁹

1. Cf. *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936. p. 203.
2. Cf. *Sistema de derecho procesal civil*. Trad. Nicio Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1944. t. I, p. 65.
3. Calamandrei aludia, com razão, ao ônus como mecanismo psicológico. Cf. *Diritto processual civil*. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. vol. III, p. 245-246.
4. Cf. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. Do ônus da prova. *RePro* 71/49.
5. Se a lei estabelece a priori, isto é, independentemente do caso concreto e de decisão judicial, regra que distribui o ônus da prova de forma diversa da estabelecida no art. 333 do CPC, não há, em verdade, inversão do ônus da prova. Cf. DIDIER Jr., Fredie;
6. Cf. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2008. vol. 2, p. 78-79.
7. Cf. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no civil e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1949. vol. 5, p. 346.
8. Cf. MARRONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as particularidades do caso concreto. Disponível em: http://bd-jur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/2201/Forma%3a7%3a30_da_Convic%3a7%3a30_e_Invers%3a30.pdf?sequence=1. Acesso em: 10.10.2007.
9. Cf. *La carga de la prueba*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Bogotá: Temis, 2004. p. 163-164.

Havendo dúvida, ou seja, não estando o juiz seguro a respeito de como se passaram os fatos,¹⁰ à luz do grau de certeza,¹¹ que lhe é exigido pela lei para proferir sentença, não seria possível ao juiz justificar racionalmente a atribuição da vitória a um ou outro litigante. Ficariam abertas as portas ao arbítrio, por força da influência das preferências ou preconceitos da pessoa do julgador:

“Se a verdade pudesse ser a resultante das impressões pessoais do julgador, sem atenção aos meios que a apresentam no processo, a justiça seria o arbítrio e o direito a manifestação despótica da vontade do encarregado pelo Estado de distribuí-lo.”¹²

Não sendo possível ao juiz decidir, a lei decide por ele, determinando imperativamente¹³ quem há de suportar as consequências da falta da prova, solução que é imposta, ademais, pela impossibilidade de reabrir a fase de instrução processual.

Realmente, o exame pelo juiz do seu convencimento a respeito dos fatos controvertidos ocorre na fase decisória do processo, o que impede a determinação da produção de novas provas, próprias da fase anterior, já encerrada, a teor do que dispõe o art. 456 do CPC, conforme interpreta a doutrina: “Entre o debate e a sentença não é admissível a intercalação de nenhum ato instrutório. Qualquer que seja a situação da prova dos fatos, perplexo mesmo que esteja o juiz, a este cumpre decidir em seguida, na mesma audiência, ou em outra, dentro de dez dias, destinada apenas à publicação da sentença”.¹⁴

10. Existe dúvida tanto quando se igualam os motivos convergentes e divergentes à aceitação de uma asserção (credulidade), como quando há um predomínio de uns sobre os outros (probabilidade ou improbabilidade), sem que, contudo, possam eles ser completamente alastados. Cf. AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. vol. 1, p. 3-4.
11. Embora a certeza a que nos referimos não passe de uma probabilidade, ainda que de grau mais elevado do que aquela que resulta da verossimilhança. É a probabilidade suficiente para que seja proferida sentença, com base no material probatório existente nos autos. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. vol. III, p. 80-81.
12. Cf. AMARAL SANTOS, Moacyr. Op. cit., vol. 1, p. 7.
13. Como regra de julgamento, “implica uma norma imperativa para el juez, quien no puede hacer caso omiso de ella sin incurrir en violación de la ley” (MUÑOZ, Luis E. *Los procesos ordinario, sumario y sumarísimo*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1993. p. 398).
14. Cf. AMARAL SANTOS, Moacyr. Op. cit., vol. 1, p. 385). Em sentido contrário: Sica, Heitor Vitor Mendonça. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC,

Em outros termos, a preocupação com o ônus da prova enquanto regra de julgamento “não há de assaltar o espírito do juiz durante a instrução da causa, senão apenas quando, depois de encerrada a colheita das provas, for chegado o instante de avaliá-las para decidir”.¹⁵

2.2 A proibição do non liquet

A proibição de julgar o mérito da causa com base apenas nas impressões do juiz a respeito da verossimilhança das alegações ou na credibilidade das partes,¹⁶ porém, poderia ser contornada se o julgador, não se convencendo quanto a nenhuma das versões fornecidas pelas partes, não sabendo a quem dar razão, simplesmente extinguísse o processo sem julgamento de mérito.

Semelhante “solução”, todavia, não foi adotada pelo nosso direito (art. 126 do CPC) e pelo direito de vários outros países, por boas razões.

A extinção do processo sem julgamento de mérito, como não produz coisa julgada material, não impede a parte vencida de propor novamente a mesma ação, o que compromete a eficácia do processo como meio de composição dos litígios (= prevalência do escopo social do processo). Imagine-se, por exemplo, qual seria o reflexo para as partes se um julgamento de mérito somente fosse proferido no terceiro ou quarto processo instaurado, depois de vários julgados, de primeira e segunda instâncias, declararem inexistir prova que autorize decisão em um ou outro sentido. A jurisdição não cumpriria sua elevada missão. Haveria uma verdadeira denegação de justiça.

Assim, as regras sobre o ônus da prova têm dupla finalidade: impedem decisões arbitrárias por parte do juiz, fundadas em suas preferências ou precon-

art. 6.º, VIII). *RePro* 146/62.

15. Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Julgamento e ônus da prova – Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 75.

16. Razão pela qual padece de inconstitucionalidade, por ofensa à isonomia, a leitura do art. 6.º, VIII, do CDC que autoriza a inversão do ônus da prova apenas com base na hipossuficiência do consumidor, independentemente da verossimilhança da sua alegação. Cf. LUCCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. In: DUDIER JR., Frédéric (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 20. A função do processo é dar razão a quem a tenha e não necessariamente à parte mais fraca. A alegação da parte hipossuficiente não merece, apenas por conta da hipossuficiência, maior credibilidade do que a alegação contrária do adversário. A mesma razão nos leva a rejeitar, como se verá em seguida, a distribuição dinâmica do ônus da prova com base apenas na dificuldade de produção da prova.

ceios pessoais, ao mesmo tempo em que evitam o *non liquet*, que representaria inadmissível renúncia ao exercício da jurisdição.

3. ÔNUS DA PROVA COMO CRITÉRIO DE JULGAMENTO E COMO MECANISMO INDUTOR DE COMPORTAMENTO

O ônus da prova, segundo reconhece a doutrina, possui dois aspectos,¹⁷ com base nos quais pode ser estudado: um objetivo e outro subjetivo.

Sob o aspecto objetivo, dirige-se ao juiz, determinando de que modo ele deve julgar caso não sejam reputados provados (= valoração) os fatos relevantes alegados pelas partes. Estabelece qual dos litigantes há de sofrer as consequências negativas da falta de prova deste ou daquele fato, pois alegar e não provar é como não alegar (*allegatio et non probatio quasi non allegatio*).

Por sua vez, sob o aspecto subjetivo o ônus da prova volta-se para as partes, advertindo-as, como exige o contraditório (que se desenvolve não apenas entre as partes, mas igualmente entre estas e o juiz), das consequências da não demonstração dos fatos alegados e consequentemente estimulando-as (pelo menos é o que se espera, pois provar é necessário – em princípio – para vencer,¹⁸ e a parte busca no processo – e pelo processo – a prevalência do seu interesse sobre o interesse contrário do adversário) a participar da instrução probatória.

Este último fenômeno, aliás, não é exclusivo do ônus da prova. Toda regra que, efetiva ou potencialmente, concede um benefício ou impõe uma privação é indutora do comportamento daqueles sobre os quais ela incide, que procuram maximizar seus ganhos ou minimizar suas perdas.¹⁹

17. Não é correto falar na existência de dois ônus, um objetivo e outro subjetivo. Existe uma regra de julgamento, que estabelece consequências caso não haja no processo elementos suficientes para que o juiz forme sua convicção, independentemente da conduta das partes (se ativa ou passiva) – daí o seu caráter objetivo –, e tal regra, na medida em que estabelece potenciais consequências desfavoráveis, tende a induzir a parte que seria prejudicada a adotar conduta apta a afastar a sua aplicação.

18. “A necessidade de provar para vencer, diz Wilhelm Kisch, tem o nome de *onus da prova*” (MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, vol. 2, p. 193).

19. Razão pela qual é falacioso o argumento de que, em casos como o do art. 343 do CPC, a previsão de uma consequência danosa seria mero estímulo para a prática do ato (= ônus), visto que a sanção (*reclusus*, o temor da sua aplicação), sob este ponto de vista, também induz a parte a adotar determinado comportamento.

Embora o aspecto objetivo do ônus da prova tenha inegável relevância, por repercutir diretamente sobre o julgamento do mérito, não se pode, nem por isso, minimizar ou até mesmo negar a importância do seu aspecto subjetivo, alegando, por exemplo, tratar-se de fenômeno psicológico e não jurídico.

Semelhante concepção, além de anti-histórica,²⁰ ignora que o estímulo à atividade instrutória das partes tem precisamente o propósito de evitar que o julgamento seja feito mediante a aplicação de regras como as do art. 333 do CPC. Concede-se às partes a possibilidade de provar suas alegações para que depois não venham reclamar da justiça da decisão.²¹ Ambos os aspectos se encontram relacionados, de forma que nenhum deles pode ser desconsiderado ao se examinar o tema.

Mormente porque, como ressaltou Rodrigo Xavier Leonardo, cada aspecto incide em uma fase diferente do processo: “a fase instrutória, na qual destaca-se a função de *regra de conduta*, e a fase decisória, na qual as normas sobre o ônus da prova refletiriam um caminho para o pronunciamento judicial diante do *quantum probatório* desenvolvido pelas partes, refletindo, assim, a função de *regra de julgamento*”.²²

Por outro lado, não se pode esquecer que o aspecto subjetivo é mera decorrência do objetivo e como tal pode eventualmente sofrer alterações (por exemplo, pela iniciativa probatória do juiz) sem que, necessariamente, isso repercuta também sobre o aspecto objetivo.

4. A REGRA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA DO ART. 333 DO CPC (DISTRIBUIÇÃO OPE LEGIS)

Conforme já ressaltado, tendo sido vedado pelo direito positivo brasileiro o *non liquet* em caso de incerteza do julgador quanto à matéria de fato relevante

20. Segundo Rosenberg o aspecto objetivo do ônus da prova somente passou a ser percebido no final do século XIX, depois da obra do alemão Julius Glaser. Cf. ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2. ed. Trad. Ernesto Krotsch. Montevideo: B de F, 2002, p. 34.

21. A inércia da parte resulta, não há como negar, em prejuízo também para o Estado, pois aumenta, ainda que potencialmente, o risco de uma decisão injusta. Sem embargo, o que sobreleva, como regra, é o interesse da parte: “Neste particular, não há como sobrepor o interesse estatal ao da parte interessada. Para o Estado, a perda decorrente da eventual injustiça da decisão certamente é compensada pelo ganho resultante da superação da controvérsia; e, mais uma vez, é razoável supor que o resultado do processo seja, em boa medida, fruto do engajamento da parte” (YARSHIEL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 174).

22. Cf. op. cit., p. 122.

para a composição do litígio, faz-se necessário disciplinar quem deve sofrer os efeitos da não demonstração dos fatos que foram alegados no processo, o que foi feito, entre nós, atribuindo ao autor o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito e ao réu o ônus de provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

Tal distribuição do *onus probandi* leva em consideração o efeito jurídico pretendido pela parte. Para que seja aplicada no processo determinada norma jurídica, deve a parte demonstrar a ocorrência do fato que lhe serve de base,²³ seja ele constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo.²⁴

23. Não obstante seja atualmente dominante, temos dúvidas se seria ela compatível com o direito brasileiro, pois, conforme entendimento majoritário da doutrina, o Código de Processo Civil vigente adotou a teoria da substanciação (cabem à parte alegar o fato que fundamenta sua pretensão, competindo ao juiz a sua qualificação jurídica – por exemplo, se o fato configura erro ou dolo) e não a da individualização (em que o que conta é a espécie jurídica, independentemente das circunstâncias de fato).

24. É de se indagar qual a causa da adoção deste critério (interesse na obtenção de determinada consequência jurídica) pelo legislador ou, posta a questão em outros termos, se poderia ser diferente a distribuição, à luz das premissas constitucionais do processo. Por exemplo, se o autor poderia ser dispensado do ônus de provar os fatos constitutivos do direito por ele alegado, ou se a ele também poderia ser carreado o ônus de provar a inexistência de fatos que excluam o acolhimento da sua pretensão. Em nossa opinião, a resposta é negativa. A exigência de demonstração dos fatos constitutivos do direito alegado por aquele que pede tutela jurisdicional é consequência natural do ônus de demandar, de provocar o exercício da jurisdição, que por sua vez é decorrência da proibição da autotutela, que cria para a parte resistente o direito de ser mantida em sua situação de fato, de exercer o direito contestado, até que por meio do processo se declare que ele não existe ou pertence a terceiro. Cf. BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *Limites ao poder do juiz nas cautelares antecipatórias – Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2007. vol. 3, p. 210. É o respeito à liberdade jurídica do réu que exige do autor que prove os fatos por ele alegados para que o seu pedido seja acolhido. A conclusão semelhante chegou o argentino Maximiliano García Grande, embora fundado em premissa que não nos parece a mesma, qual seja, a da existência de uma presunção em favor do réu: “Evidentemente, si el derecho procesal atribuye la carga de demostrar determinada circunstancia, es porque prefiere que ante la falta de esa prueba se mantenga un estado de derecho determinado, porque esa permanencia es más útil a la sociedad” (GRANDE, Maximiliano García. *Las cargas*

Da leitura do texto legal resulta claro que o legislador, dentro da margem de liberdade que lhe concede o devido processo legal para disciplinar o direito processual, estabeleceu critério *estático* ou *fixo* para distribuir o ônus probatório entre os litigantes,²⁵ vale dizer, na falta de expressa autorização legal não pode o juiz, em razão de eventuais particularidades de cada caso concreto, deixar de atribuir ao autor a consequência da inexistência de prova dos fatos constitutivos por ele alegados (= improcedência do pedido), nem ao réu a da inexistência de prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (= procedência do pedido).

probatorias dinámicas. Inaplicabilidad. Rosario: Juris, 2005. p. 71). Para o referido autor todas as regras de distribuição do ônus da prova, tem por fundamento presunções de direito material (afirmando, assim que “la inmutabilidad o mutabilidad de la distribución es la inmutabilidad o mutabilidad de las presunciones del derecho de fondo”), entendimento que não nos parece correto, pois do contrário não teria sentido afirmar que as presunções, de forma excepcional (a regra é ditada pelo direito processual e não pelo material), alteram o ônus da prova, como reconhece a doutrina. E a atribuição dos demais ônus ao réu? A resposta, no segundo caso, deve de ser buscada na ideia de igualdade de tratamento dos sujeitos parciais: “litigando as partes e devendo conceder-lhes a palavra igualmente para o ataque e a defesa, é justo não impor só a uma o ônus da prova” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 350). Realmente, se os fatos constitutivos alegados pelo autor e negados pelo réu dependem de prova, a carga do primeiro, atribuir a este, em caso de controvérsia, também o ônus de provar os fatos alegados pelo segundo, equivaleria, em alguma medida, a se dar mais valor à palavra do réu, como que presumindo a veracidade de suas alegações, o que não é compatível com o princípio da isonomia. Embora seja tema com outras (e maiores) repercussões, é interessante observar que a justificativa para a regra do art. 333, II, do CPC seria reforçada caso se aceitasse a ideia, recentemente defendida por Heitor Sica (e majoritariamente rejeitada pela doutrina), de que o pedido de improcedência da pretensão do autor formulado pelo réu representa verdadeira *demandada*, a justificar a diversidade de tratamento quanto à distribuição do ônus da prova quando este se limita a negar o fato constitutivo ou, ao revés, alega fato novo (extintivo, impeditivo ou modificativo), ante a existência ou não da ampliação do objeto do processo. Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011.

25. A lei é clara, não sendo possível sustentar que houve “omissão” quanto à possibilidade de variação dos encargos probatórios conforme as necessidades do caso concreto. “Con estos alcances es que se habla hoy de las cargas dinámicas probatorias que, más allá de las buenas intenciones que animan a sus sustentadores, no puedo comparar en tanto repugnan al texto expreso de la ley e, con ello, se acercan peligrosamente al prevaricato” (ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Presentación. In: GRANDE, Maximiliano García. *Las cargas probatorias dinámicas. Inaplicabilidad*. Rosario: Juris, 2005. p. 20).

Entre as particularidades que não foram consideradas (*rectius*, foram desconsideradas) pela lei está, precisamente, a dificuldade de produção da prova em juízo (= dificuldade de aquisição da prova pelo processo),²⁶ o que a nosso ver afasta a possibilidade de aplicação, *de lege lata*, da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Sem razão, por exemplo, a alegação de que se poderia vislumbrar permissão para a distribuição dinâmica do ônus da prova na regra do art. 333, parágrafo único, II, do CPC, que reputa nula a convenção que distribui de maneira inversa o ônus da prova quando tornar excessivamente difícil à parte o exercício do seu direito em juízo.

O preceito, à toda evidência, tem por único escopo limitar o poder de disposição das partes,²⁷ quando elas pretendam *afastar-se* do regramento legal. Não é outra a consequência da cominação de nulidade: em caso de abuso, o juiz desconsidera o negócio jurídico, aplicando a regra do *caput* do art. 333 do CPC. Não há “flexibilização” ou “relativização” da regra consensual, mas o reconhecimento da sua nulidade de pleno direito. A maior (para uma das partes) ou menor (para o adversário) dificuldade para a produção da prova é relevante apenas quando a convenção das partes pretende alterar a distribuição dos ônus probatórios prevista na lei (no Código de Processo Civil ou em legislação extravagante), sendo, portanto, irrelevante quando observados os critérios estabelecidos pelo legislador.

E a razão é óbvia: entre todos os critérios possíveis para a distribuição do ônus da prova, não foi a facilidade/dificuldade de produção o eleito pelo legislador.²⁸

26. “Pouco importa ao legislador se essa repartição legal gera alguma dificuldade probatória para a parte” (DIERER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarmo; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 89).
27. “Tratando-se de direitos disponíveis, o ônus da prova pode ser convencionalmente alterado – o que não deve causar espanto ou estranheza, uma vez que por vontade das partes, manifestada em comportamento omissivo no curso do processo, a simples afirmação de um fato pode redundar em prova desse fato: é o que se dá quando a *quæstio facti* se torna incontrovertida porque o réu não a impugnou (retro, n. 373); é o que também se dará quando o autor deixar sem resposta ou impugnação os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos de seu pedido, que o réu aduzir. Assim sendo, nada impede que, num contrato a respeito de determinado negócio jurídico, avençado fique que o conteúdo de algumas cláusulas contratuais deva ser provado por um dos contratantes, e pelo outro as restantes cláusulas, ou as que ali se especificarem. Tratando-se de direitos subjetivos disponíveis, podem os titulares ativo ou passivo da relação jurídica neles consubstanciada formular entendimentos práticos dessa natureza” (MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 196-197).
28. É ir muito longe, por exemplo, sugerir que o legislador presumiu que a parte a quem foi destinado o encargo teria melhores condições do que o outro de cumpri-lo, como

Não se trata, portanto, de fechar os olhos para o fato de que a lei também pode acarretar excessiva dificuldade para o exercício do direito.²⁹

A injustiça da crítica é evidente, porquanto não é a lei que cria a maior ou menor dificuldade de produção da prova (a lei, quando muito, declara determinada prova inadmissível, o que nada tem a ver com a dificuldade de sua produção), mas as circunstâncias do mundo real (v.g., ocultação do documento, destruição do bem que seria periciado, morte da testemunha), para as quais em nada contribuiu (pelo contrário, tentou evitar, advertindo a parte da responsabilidade que sobre ela pesava).

Tampouco se pode fundamentar a alteração *ope iudicis* do ônus da prova, em caso de dificuldade de sua produção, nos preceitos dos arts. 130 ou 339 do CPC, entre outros que costumam ser mencionados pelos que trataram do tema.

Na primeira hipótese, porque a iniciativa probatória do juiz, caso admitida, pode suprir a inércia ou omissão da parte interessada em determinada prova, mas não autorizaria, por si só, a alteração da regra de julgamento a ser aplicada, caso a prova não seja produzida ou se revele insuficiente, apesar de todos os esforços (inclusive do juiz ativista).³⁰

Na segunda, porque tal colaboração diz respeito aos terceiros e não às partes,³¹ sob pena de sermos forçados, ainda que a contragosto, a admitir que provar (= produzir a prova) não é um ônus,³² mas um dever, o que contraria

- afirmou uma monografia. Cf. CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 93. Em nossa opinião o raciocínio é precisamente o inverso: a parte a quem atribuído o ônus, sabedora da responsabilidade que pesa sobre sua cabeça, esforçar-se-á para obtê-la.
29. Cf. CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 69.
30. “O poder instrutório do juiz respeita à sua atividade no sentido da realização da prova, ao passo que a distribuição do ônus da prova (CPC 333) é regra de julgamento, que só vai ser aplicada pelo juiz no momento da sentença, quando a prova já tiver sido realizada” (NEER JR., Nelson; ROSA, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 338).
31. Em sentido contrário: PESSOA, Fábio Guidi Tabosa. In: MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1083.
32. Como se verá mais adiante, existem situações em que uma das partes é obrigada a produzir determinada prova ou colaborar para que esta seja feita, porém não em decorrência de um “dever de colaboração” para com o juiz, mas do direito da parte contrária à produção da prova, sendo a respectiva obrigação um imperativo do interesse

as premissas do presente estudo e nos obrigaria a jogar por terra as conclusões dos doutrinadores estrangeiros e nacionais que até então procuraram explicar a fenomenologia do comportamento das partes em decorrência das regras do ônus da prova.

5. SEGURANÇA JURÍDICA E ALTERAÇÃO OPE JUDICIS DO ÔNUS DA PROVA

Ressalvadas as hipóteses, que a experiência comum revela serem numericamente menos expressivas, em que o lúgrio a ser dirimido pelo Poder Judiciário envolve apenas questões de direito, inexistindo controvérsia fática a ser apreciada como pressuposto para o julgamento da causa (= processo de conhecimento), a prova dos fatos alegados pelas partes em seus atos postulatorios (petição inicial e contestação) são de fundamental importância para o processo.

Tornando-se controvertido um fato relevante para o julgamento do mérito, a diferença entre provar ou não é a diferença entre vencer ou sucumbir, entre ter reconhecido ou não o seu direito pelo Estado-juíz.

É por tal razão, consoante já foi ressaltado, que o Estado estabelece abstrata e previamente em lei a quem caberá o ônus de provar qual fato, ou seja, quem sofrerá as consequências da falta da prova, para que o interessado, seja o autor, seja o réu, tenha a chance de tentar se desincumbir do respectivo encargo.

Inegável, portanto, que a definição prévia da distribuição do ônus probatório é uma exigência do princípio ou postulado da segurança jurídica, que como muitos reconhecem é inerente ao Estado Democrático de Direito (na realidade, inerente a qualquer *ordenamento jurídico*),³³ que impõe seja garantida uma dose razoável de previsibilidade na aplicação das regras jurídicas, mormente por agentes estatais, como é o caso do juiz, cuja função no processo de conhecimento e produzir uma norma individual e concreta que passará a disciplinar a relação jurídica existente entre as partes litigantes:

“A prévia e clara atribuição do ônus da prova às partes, dessa forma, é conduta que se afeição ao assim denominado *princípio de confiança legítima*, que pode ser tido como expressão do direito fundamental à segurança — consagra-

alheio. É o caso da exibição de documento ou coisa e da realização de perícia médica (art. 232 do CC/2002). Fora dessas hipóteses, a parte não pode ser compilada a fazer prova contra si mesma, como observaram Nelson e Rosa Nery ao comentar o art. 339 do CPC. Cf. NERY Jr., Nelson; ROSA MARIA DE ANDRADE. Op. cit., p. 538.

33. E não apenas da “ideologia liberal” (ou do “capitalismo”), como frequentemente se afirma, de forma quase demagógica.

do no art. 5.º, *caput*, da CF brasileira — e que apresenta como uma de suas vertentes a exigência de previsibilidade do direito. Ele é tido como uma imposição não apenas ao legislador e ao administrador, mas bem ainda ao Judiciário, sabido que a atividade dos tribunais pode também ser causa de incerteza e de um sentimento de insegurança para os jurisdicionados.”³⁴

Não era outra a posição de Leo Rosenberg, ao justificar a distribuição estática do ônus da prova:

“La regulación de la carga de la prueba debe hacerse mediante normas jurídicas cuya aplicación debe estar sometida a la revisión por el tribunal correspondiente, y esta regulación debe conducir a un resultado determinado, independiente de las contingencias del proceso particular, siendo un guía seguro para el juez con el qual las partes pueden contar ya antes de trabar el proceso. Una ‘distribución libre de la carga de la prueba’ no es la libertad en que podría pensar una magistratura bien aconsejada. La distribución proporcionada e invariable de la carga de la prueba es un postulado de la seguridad jurídica, sostenido justamente por los prácticos y defendido también por los partidarios de teorías discordantes.”³⁵

Plenamente compreensível, portanto, que a doutrina sempre tenha ressaltado a importância da disciplina do ônus da prova, afirmando Chiovenda, por exemplo, ser ela um dos “problemas vitais do processo”,³⁶ e qualificando-a, Rosenberg, como “a coluna vertebral do processo civil”.³⁷

O que aqueles que defendem a alteração do ônus da prova pelo juiz no curso do processo, de acordo com as peculiaridades do caso concreto (em julgamento que se não é, em muito se assemelha da ideia de equidade),³⁸ não percebem, ou pelo menos não dizem, é que provavelmente a esta altura (no curso do processo, mais precisamente no despacho saneador) talvez já seja muito tarde³⁹ para que a parte prejudicada (pela redistribuição) possa ir atrás das provas de que precisará para ver acolhida a sua pretensão defendida em ju-

34. Cf. YARSHALL, Flávio Luiz. Op. cit., p. 92.

35. Cf. op. cit., p. 84-85.

36. Apud MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 193.

37. Idem, *ibidem*.

38. Cf. CAREES, Artur. Op. cit., p. 125. Convém lembrar, no entanto, que o julgamento por equidade somente é permitido nos casos expressamente autorizados por lei, nos termos do art. 127 do CPC.

39. Conforme observou Yarshell, “no caso de se autorizar que o juiz determine a regra, é preciso que o faça em momento útil, isto é, no qual a parte possa atuar de modo

izo (procedência – no caso do autor – ou improcedência – no caso do réu – do pedido inicial). Ou para fazê-lo sem maiores incômodos.

Ora, a lide, o conflito de interesses, não nasce com o processo, sendo o seu nascimento, por definição, a ele anterior, razão pela qual muito antes da propositura de demanda, dentro dos marcos temporais estabelecidos pelas regras de prescrição e decadência, as partes, por precaução,⁴⁰ frequentemente procuram se armar das provas que, caso seja instaurado um processo, sejam mais aptas a lhes assegurar um resultado favorável,⁴¹ sendo esta atividade de colheita de provas orientada pelas regras de distribuição do ônus da prova fixadas em lei (no Código de Processo Civil ou em lei extravagante).

As regras sobre a distribuição do ônus da prova, destarte, enquanto indutoras de comportamento (embora não sejam regras de comportamento, pois não impõem uma determinada conduta ou linha de ação, apenas a *suggerem*)⁴² produzem efeitos muito antes do nascimento da relação jurídica processual e, não raro, antes mesmo do nascimento do conflito de interesses (como diz o aforismo, “na paz, prepara-te para a guerra”).

A alteração da regra de julgamento apenas no momento da prolação da sentença, que doutrina e jurisprudência aos poucos vão reconhecendo ser um completo absurdo jurídico, nada mais é do que o exemplo extremo do fenômeno, pois nesse momento processual já foi reduzida a zero a chance da parte de se desincumbir do ônus probatório. O que não significa que o mesmo problema não possa existir, em grau menor, em estágios anteriores do processo ou mesmo antes da propositura da demanda. Sendo incerto qual o ônus probatório que recai sobre cada uma das partes, pode-se afirmar, sem medo de erro,

a produzir a prova que lhe compete e cujo ônus lhe foi atribuído” (YARSHHELL, Flávio Luiz. Op. cit., p. 95).

40. É o que explica o fenômeno da pré-constituição da prova, mormente sem o requisito da urgência: “Nesse cenário, a atenção das partes com a prova e a respectiva pré-constituição pode ser associada à busca de segurança, na premisa de que, no estabelecimento ou extinção de vínculos jurídicos, o homem prudente se preocupa com a necessidade de se precaver contra futura contestação de seu direito” (idem, p. 42).
41. Estabelecendo o direito positivo preferência por determinado meio de prova (v.g., o art. 401 do CPC), a parte é induzida a constituir a prova qualificada como “melhor”, em detrimento da “pior”. Cf. idem, p. 84-86.
42. Somente se pode fazer referência às regras do ônus da prova como, *regras de conduta* no sentido de que servem de *orientação para que as partes possam decidir que conduta adotar*. É nesse sentido que a expressão é utilizada, por exemplo, por Flávio Luiz Yarshell. Cf. idem, p. 93. A divergência, bem se vê, é apenas de terminologia.

que quanto mais longe, na linha do tempo, existir tal definição, considerado o momento em que ocorreram os fatos relevantes para o julgamento da lide, maior em tese será a dificuldade de a parte produzir prova hábil a lhe permitir vencer o futuro processo judicial.

Mas não é só. A existência de indefinição a respeito de quais serão as regras sobre o ônus da prova desde antes do nascimento do processo pode induzir as partes a adotar uma postura de “paranoia probatória”, prejudicial aos negócios e relações pessoais:

“Por outro lado, a indefinição quanto ao ônus de provar, se tomada nesse momento anterior ao processo (analogamente ao que acima se disse quanto ao momento em que já há um processo), pode levar a excessos indesejáveis: justamente pela preocupação com a indefinição do que possa ocorrer em juízo (do que se possa exigir da parte em tema de ônus da prova), os interesses podem ser levados à adoção de sucessivas providências voltadas à formalização de cada passo de suas relações, tudo para garantir que, em juízo, não possam ser acusadas de não ter feito a prova deste ou daquele fato; providências que, pelo eventual excesso, podem acabar onerando, dificultando ou até mesmo impedindo as relações negociais ou mesmo pessoais. Excesso de preocupação com a prova – efeito colateral da indefinição sobre as regras de atribuição do respectivo ônus – pode se transformar em formalismo ou burocracia a inibir negócios ou em formalismo a frustrar relacionamentos pessoais.”⁴³

Trata-se, em suma, de técnica bastante perigosa,⁴⁴ a recomendar prudência redobrada por parte do legislador (ao discipliná-la) e do juiz (ao aplicá-la no caso concreto).

6. A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA E SEUS FUNDAMENTOS

Embora alguns autores atribuam, mais remotamente, a origem da chamada teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova (*cargas probatorias*

43. Cf. idem, p. 103.

44. Cf. CARRES, Artur. Op. cit., p. 76; KNUJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à Justiça e superar a *probatio diabólica*. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 950.

dinámicas)⁴⁵ ao inglês Jeremy Bentham, este, em sua obra *Tratado das provas judiciais*, aparentemente propunha solução diversa: a adoção, como regra geral (e não como mecanismo de correção da eventual injustiça decorrente da aplicação da regra geral ao caso concreto), de que o ônus da prova deveria caber à parte que pudesse produzi-la com menor dificuldade:

“Entre as duas partes contrárias, a qual deve se impor a obrigação de produzir a prova? Esta questão apresenta infinitas dificuldades no sistema processual técnico.

Em um regime de justiça franca e simples, em um procedimento natural, é muito fácil responder.

A carga da prova deve ser imposta, em cada caso concreto, àquela das partes que a possa produzir com menos inconvenientes, isto é, com menos delongas, vexames e despesas.”⁴⁶

Critério semelhante também teria sido defendido pelo francês Demogue, segundo notícia Moacyr Amaral Santos.⁴⁷

Em sua configuração (e denominação) atual, porém, a ideia de distribuição dinâmica do ônus probatório, desenvolvida (talvez fosse melhor dizer resgatada) a partir da década de 80 do século passado por Jorge W. Peyrano na Argentina,⁴⁸ constitui exceção no sistema processual, incidindo no lugar da regra geral prévia e rigidamente estabelecida na lei⁴⁹ (= distribuição estática) quando for impossível ou muito difícil a produção de determinada prova, pela parte a quem ela aproveitaria, independentemente da posição da parte no processo ou da classificação do fato alegado (critério adotado pelo art. 333 do

CP), com a sua transferência à parte contrária, quando tivesse melhores condições de fazê-lo.

Veja-se, a respeito, descrição constante da segunda conclusão aprovada pelo XVIII Congresso Nacional de Derecho Procesal (Argentina), citada pelo supracitado processualista rosarino:

“Constituye doctrina ya recibida la de las cargas probatorias dinámicas. La misma importa un apartamiento excepcional de las normas legales sobre la distribución de la carga de la prueba, a la que resulta procedente recurrir sólo cuando la aplicación de aquellas arroja consecuencias manifestamente desfavorables. Dicho apartamiento se traduce en nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria ceñidas a las circunstancias del caso y renuentes a enfoques apriorísticos (tipo de hecho a probar, rol de actor o demandado etc.). Entre las referidas nuevas reglas se destaca aquella consistente en hacer recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva. Se debe ser especialmente cuidadoso y estricto a la hora de valorar la prueba allegada por la parte que se encuentre en mejor situación para producirla porque, normalmente, la misma también está en condiciones de desvirtuarla o desnaturalizarla en su propio beneficio.”⁵⁰

Para fundamentar a alteração do critério de distribuição do ônus da prova, ou, mais precisamente, para sustentar a aplicação da teoria *ainda que não expressamente acolhida pelo direito positivo* (na Argentina ou já aqui no Brasil), a doutrina tem recorrido a diferentes argumentos (na realidade, nem tão diferentes assim, – “mais do mesmo” – pois todos conduzem ao escopo maior de assegurar a justiça da decisão, que seria a verdadeira razão de ser da teoria).

O processualista argentino Augusto M. Morello,⁵¹ por exemplo, defende uma visão “solidarista” do encargo probatório,⁵² para obrigar uma das partes a

45. Algumas vezes utiliza-se indevidamente (sem tradução) o vocábulo espanhol *carga* (no lugar de ônus), falando-se assim em “carga dinâmica da prova”.

46. Apud DALL'AGNOL JR., Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista Jurídica* 280/12.

47. Cf. op. cit., vol. I, p. 103.

48. De onde foi (re)exportada para a Europa, logrando consagração legislativa, por exemplo, na Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola do ano 2000. Cf. PEYRANO, Marcos L. La teoría de las “cargas probatorias dinámicas” en la flamante Ley de Enjuiciamiento Civil Española (Ley 1/2000). In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Léport (coords.), *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 179-193. Na doutrina se encontra quem noticie a sua aplicação também na Alemanha, o que, no entanto, ainda é muito pouco para se falar em “tendência mundial” ou coisa que o valha.

49. Não parecem ter razão, pois, aqueles que afirmam que de acordo com a teoria ora examinada seria inaceitável a repartição do ônus da prova de forma prévia e abstrata.

50. Cf. PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: _____; WHITE, Inés Léport (coords.), *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 21.

51. Cf. MORELLO, Augusto M. *La prueba: tendencias modernas*. 2. ed. La Plata: Librería Editora Platense, 2001, p. 83-91.

52. Há que se perguntar, então, porque apenas do encargo probatório, e não do processo como um todo, aplicando-se o princípio para, por exemplo, relevar preclusões temporais (vg., perda de prazos). A ideia de solidariedade, tal como colocada, exigiria das partes abrir mão de qualquer vantagem processual que pudesse resultar na outorga de tutela jurisdicional a quem a ela não tenha direito, o que, porém, demandaria que o nosso processo civil fosse profundamente diferente do que é (e sempre foi), um

produzir a prova (mesmo que se trate de fato cuja demonstração interessa ao adversário) se estiver em melhores condições de fazê-lo.

Segundo esta visão “solidarista” nenhuma das partes (embora a acusação normalmente seja dirigida ao réu, que pode se limitar a tornar o fato controvertido negando-o) poderia adotar uma posição de “espera”, aguardando se o adversário conseguirá ou não produzir prova de suas alegações para somente então tomar a iniciativa de provar a existência do fato extintivo, impeditivo ou modificativo apto a fulminá-lo. Ambos deveriam, desde logo, se esforçar em trazer ao processo, dentro do que for possível, todos os fatos que possam ser relevantes para o julgamento da causa.

De forma similar, invocam autores brasileiros e argentinos o dever de “colaboração” ou “cooperação” das partes com o juiz (quando não entre si, como se não fosse essa ideia incompatível com a própria existência de um litígio¹), extrairdo (em nossa opinião a força) de variados artigos do Código de Processo Civil (v.g., 14, 125, III, 129, 130 e 339, 340, 342, 345, 355)⁵³⁻⁵⁴ ou da Constituição Federal (v.g., art. 5.º, XXXV e LIV).⁵⁵

método dialético de resolução de conflitos. “A mi juicio, esta doctrina es exótica y divorciada de la realidad de la vida judicial, por lo que merece ser sepultada en el olvido” (ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Op. cit., p. 19).

53. Em princípio, a parte que se omite, quando a lei não lhe impõe o ônus da prova, não age para “prejudicar” o adversário, comportando-se deslealmente, mas para *no prejudicar a si próprio*, representando semelhante “acusação”, a nosso ver, claro desvio de perspectiva. Não nos parece possível, portanto, extrair do dever de veracidade imposto às partes “estarem aquelas obrigadas a fornecer informações, documentos ou coisas sujeitas a exame, sendo possível exigir toda conduta que viabilizasse um preliminar esclarecimento e registro dos fatos relevantes relacionados a dada contro-versia” (YARSELL, Flavio Luiz. Op. cit., p. 160). Semelhante dever depende de norma expressa, como ocorre, por exemplo, nos arts. 343 (depoimento pessoal) e 359 (exibição de documento ou coisa) do CPC.
54. No caso da exibição a situação é diferente, como procuraremos demonstrar, mas o dever decorre do direito da parte contrária, subordinando a lei o interesse daquele que tem o documento ou coisa ao interesse do adversário, e não da necessidade de “colaboração” da parte com o juiz.
55. Deveria causar grande preocupação a ideia de que é possível simplesmente afastar a aplicação de regra legal expressa, sem declaração de inconstitucionalidade, invocando do princípios constitucionais, quando assim o deseje o intérprete ou aplicador do direito, inclusive porque se ignora que ao criar regras o legislador também pondera princípios conflitantes.

Podendo-se mencionar ainda a ideia de uso regular e proibição de abuso de direitos processuais⁵⁶ ou então do dever do juiz de assegurar igualdade substancial às partes (art. 125, I, do CPC).⁵⁷

Tais argumentos serão examinados no item subsequente, mas desde logo é possível fazer um diagnóstico a seu respeito: todos têm origem em uma visão artificial,⁵⁸ autoritária e moralista⁵⁹ do fenômeno processual e da razão de ser da jurisdição, por força da qual ônus e facultades processuais, expressamente reconhecidos como tais pela lei e pelo sistema, poderiam ser transmutados em deveres (sujeitos a sanções), com a quase criminalização do exercício do direito de defesa pela parte, que já não atuaria, no processo, em defesa do seu

56. Cf. FAVRE, Miryam Balestro. La dinámica de las cargas probatorias: Una proyección del principio que prohíbe abusar de los derechos procesales. In: PEVRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (coords.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 329; RAMALHO, Juan Alberto. Cargas probatorias dinámicas: un giro epistemológico. In: PEVRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (coords.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 30.

57. Cf. WHITE, Inés Lépori. Cargas probatorias dinámicas. In: PEVRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (coords.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 65. Como visto, a (re)distribuição do ônus da prova coloca a parte beneficiada em vantagem (= dispensa da prova), indo além de simplesmente assegurar real paridade de armas às partes ou promover o equilíbrio substancial entre elas.

58. Veja-se, por exemplo, a seguinte manifestação doutrinária do país vizinho: “El principio de las *cargas probatorias dinámicas* implique el proceso no se desarrolla a la manera de una lucha, sino que, en razón de la colaboración de las partes con el tribunal, cabe requerir la prueba de ciertos hechos a ambas as partes y, en especial, a la que está en mejores condiciones de probarlos” (LEGUISAMÓN, Héctor E. La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas. In: PEVRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (coords.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 116).

59. Cf. CIRRIANI, Franco. El abogado y la verdad. In: MONTERO AROCA, Juan. *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006; MONTERO AROCA, Juan. Sobre el mito autoritario de la “buena fe procesal”. In: _____. *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo blanch, 2006. A respeito do tema ainda merecem atenção (e reflexão) as palavras de Liebman: “O processo civil, com sua estrutura contraditória em que a cada uma das partes se atribui a tarefa de sustentar suas próprias razões, é essencialmente refratário a uma rigorosa disciplina moralista do comportamento daquelas. Se cada litigante pode contar, para vencer, apenas com sua própria capacidade de explorar os elementos favoráveis, não se pode pretender que forneça também os que lhe são desfavoráveis e poderiam favorecer o adversário. Um dever nesse sentido não teria qualquer probabilidade de ser observado, e seu único resultado seria o de por em dificuldade e em situação embaraçosa a parte mais honesta” (LIEBMAN, Enrico Tallio. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. vol. I, p. 166).

interesse individual, mas como *longa manus* do Estado, em busca da correta aplicação do direito.

7. CRÍTICAS

A ideia de facilitar o direito da parte de provar suas alegações, logo à primeira vista, revela-se simpática e sedutora. De fato, o que poderia ser mais desejável do que garantir o resultado útil dos direitos de ação ou defesa, assegurando a obtenção de uma decisão tão justa quanto possível, de modo a evitar a outorga de tutela jurisdicional a quem não a mereça,⁶⁰ fenômeno indesejável (e, para o processualista, constrangedor), embora inevitável⁶¹ (porque o processo é um instrumento criado *por* seres imperfeitos *para* seres imperfeitos, padecendo de suas qualidades e, talvez em maior medida, de seus defeitos).

Sem embargo, há que se indagar se a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, espécie trazida de outras plagas, é compatível com o nosso “ecossistema processual”, vale dizer, se realmente é, por um lado, necessária e apta a produzir os efeitos que dela se espera, suprimindo lacunas ou omissões do direito pátrio, e de outro, se a sua introdução não produzirá resultados indesejados, verdadeiros efeitos colaterais que podem contrabalançar, no todo ou em parte, os benefícios do novel instituto.

Em nossa opinião, o diagnóstico não é favorável.

Primeiramente, impende ressaltar que a real utilidade do instituto é bem menor do que a que tem sido apregoada por seus arautos em território nacional, talvez excessivamente empolgados pelo fascínio que o “novo” (embora

nem tanto)⁶² costuma produzir, especialmente quando proveniente do exterior, ainda que, no caso, tenha origem em um de nossos vizinhos e não no “primeiro mundo” (Estados Unidos e Europa continental), onde normalmente os estudiosos (e também os curiosos) têm procurado nos últimos anos as soluções para as já conhecidas e nunca resolvidas mazelas do processo civil brasileiro, não raro com a mesma avidez e compulsão demonstrada por nossos patricios nos *malls* e *outlets* desses mesmos países.

Senão, vejamos.

No que consiste exatamente a eventual dificuldade da parte em produzir prova de suas alegações ou, o que dá no mesmo, no que consistiria a maior “faticidade” da parte contrária em fazer prova do fato contrário (= contraprova)?

A dificuldade, caso se reflita um pouco sobre o tema, não reside, em verdade, em convencer o juiz a respeito da veracidade da alegação (i.e., se o fato alegado ocorreu ou não), pois esta é frequentemente, para não dizer sempre, ineliminável, ainda que a parte tenha trazido aos autos todas as provas que reputou necessárias à demonstração do seu direito. Entender o contrário redundaria em assimilar o direito de provar ao direito de obter uma decisão favorável, solução que à toda vista merece ser descartada. A parte tem o direito de tentar provar suas alegações, mas não há, evidentemente, como saber se a prova, uma vez produzida, adquirida pelo processo, resultará em uma decisão favorável ou não⁶³ (= livre convencimento motivado). No meio do caminho entre a produção da prova e a vitória (procedência ou improcedência do pedido) há o fenômeno da sua valoração pelo juiz.⁶⁴

60. Sob certo aspecto a teoria não passa de reciclagem (ou *aggiornamento*, caso se prefira) de ideias mais do que centenárias. Embora isso, claro, por si só nada diga em desfavor do seu mérito e utilidade.

61. “Trante os resquícios ainda encontrados no ordenamento vigente do sistema da prova tarifária, através do qual a lei já indica o valor probatório que o juiz deve conferir a determinada prova, os litigantes não sabem ou ao menos não têm a certeza de qual será o grau de convicção alcançado pelo julgador quando do exame dos elementos de prova que trouxeram ao processo. Destarte, um documento que tenha sido apresentado pelo demandante pode parecer-lhe suficientemente capaz de gerar o convencimento do magistrado, sem que este enxergue da mesma forma” (ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Insuficiência probatória, ônus da prova e poderes instrutórios do juiz. *Revista Dialética de Direito Processual* 96/13. É a distinção entre elemento de prova e resultado de prova.

64. “Valoração da prova é a avaliação da capacidade de convencer, de que sejam dotados os elementos de prova contidos no processo” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 100).

60. O que, no entanto, nem sempre é tão fácil de ser constatado como pode parecer à primeira vista. O antagonismo das partes, que em princípio é anterior ao próprio processo, cria um estado de incerteza quanto ao direito que somente será eliminado (no processo de conhecimento) com a prolação de uma decisão final, por um dos órgãos investidos de jurisdição, com competência originária ou recursal para o julgamento da causa, de tal modo que de acordo com o sistema justa será sempre a última decisão (ao menos até que seja alterada ou desconstituída, se isto for admissível).

61. Reconhece-se que a distribuição estática do ônus da prova é “um critério que nem sempre conduz a uma decisão justa, porque, é de se reconhecer, necessariamente, que o fato não foi provado por quem deveria, não decorre, necessariamente, que ele não tenha existido ou que a afirmação lançada não seja verdadeira” (CREMASCO, Suzana Santi. Op. cit., p. 33). O grande problema, no entanto, é que tampouco se pode afirmar que, no caso concreto, a decisão seja injusta, pois a ausência de certeza é compatível com ambas as possibilidades.

Por exemplo, em um processo em que se discute a responsabilidade por uma colisão entre dois automóveis, em que houve a chamada “batida na traseira”, a testemunha do réu pode afirmar que o primeiro veículo freou de forma repentina, tornando impossível ao condutor do segundo veículo evitar a colisão, apesar de guardar distância adequada: a testemunha do autor, por sua vez, pode declarar com igual firmeza e convicção que na realidade o segundo veículo deixou de observar uma distância segura, o que poderia ter evitado o sinistro. Nesta situação, pode-se imaginar que ambas as partes puderam produzir prova de suas alegações, mas não se sabe, *a priori*, qual delas se beneficiará de uma decisão favorável (talvez a testemunha do réu seja mais confiável, de modo inclusive a suplantar a presunção humana, fundada no *quod plerumque accidit*, da culpa do segundo condutor; talvez não).

A dificuldade, portanto, reside na aquisição da prova pelo processo, ou seja, no acesso da parte, hipossuficiente ou não (embora o argumento da hipossuficiência ou disparidade de armas frequentemente seja utilizado, por seu apelo igualitário – ou, caso se prefira, demagógico) às fontes de prova, que constituem, como leciona Cândido Rangel Dinamarco, as “pessoas ou coisas das quais se possam extrair informes úteis ao julgamento”.⁶⁵

Confirma este entendimento a crítica que os partidários da distribuição dinâmica costumam fazer à postura “passiva” ou “acomodada” adotada por uma das partes,⁶⁶ em decorrência do ônus da prova imposto pela lei ao adversário, sem tomar a iniciativa de, por exemplo, tentar provar a inexistência do fato constitutivo do direito (do autor), confiante (talvez em excesso...) de que a parte contrária não conseguirá provar sua existência, mormente ante o risco de que a tentativa de provar a inexistência resulte na demonstração da existência (ou vice-versa).

Semelhante é a defesa da existência de um dever das partes de colaborar com o juiz (ou entre si!) para a obtenção da “verdade” no processo, no sentido de que ele também serviria para eliminar o “comodismo” decorrente da regra legal de distribuição do ônus da prova (art. 333 do CPC).

É forçoso concluir, no entanto, que ainda que se considere essa “passividade” um defeito (o que não achamos que seja uma visão correta do fenômeno),⁶⁷

65. Cf. *idem*, p. 47.

66. Cf. CREMASCO, Suzana Santi. *Op. cit.*, p. 15-16.

67. “Se o réu sabe que o ônus da prova dos fatos constitutivos incumbe ao autor, é lícito que se porte no processo em coerência com essa divisão de encargos – e que, afinal de

há outros meios mais adequados, inclusive já previstos pelo direito positivo, para se atingir este desiderato, suprindo ou vencendo a inércia (ou resistência) da outra parte, que não a alteração do ônus probatório pelo juiz, mecanismo que, não se nega, é regra indutora de comportamento, mas que, ao fim e ao cabo, tem sua função primordial como regra de julgamento, inclusive nos casos em que, apesar do efetivo empenho das partes (e eventualmente do próprio julgador), não forem fornecidos ao juiz elementos para decidir ou, ainda que sejam, permaneça o julgador em estado de incerteza e perplexidade, por serem contraditórios ou não conclusivos.”⁶⁸

Deveras, a alteração casuística do ônus da prova constitui dispensa da prova do fato alegado pela parte, para fins de acolhimento da sua pretensão (de acolhimento ou rejeição da demanda, conforme a posição que tenha no processo), providência muito mais drástica do que a que seria exigida para a resolução do problema aqui posto, qual seja, a superação ou eliminação das dificuldades à produção da prova no processo (em especial quando provenientes do outro litigante).

Em outras palavras, sob o argumento de eliminar uma dificuldade, concede-se um benefício,⁶⁹ benefício este, porém, que coloca uma das partes em posição melhor do que a que ela teria se a dificuldade não existisse!

contas, e ao menos em princípio, decorre de uma opção legislativa” (VARSHELL, Flávio Luiz. *Op. cit.*, p. 70).

68. “Quando o juiz reconhece que não há prova dos fatos controvertidos e relevantes, isso não resulta necessariamente da rigorosa ausência (material) de qualquer elemento de prova” (*idem*, p. 59).

69. Os partidários da distribuição dinâmica talvez confirmem em demasia na capacidade do juiz (que não é um juiz ideal, descido do Olimpo) de construir um equilíbrio substancial entre as partes, ignorando ser grande o risco de que o resultado seja apenas a *inversão do desequilíbrio*, como bem ponderou Flávio Luiz Varsshell: “Terceiro, suposto efetivamente existir margem para a atuação do juiz no mister de que se trata, não se pode negar que as iniciativas para a busca do equilíbrio podem – e o risco é inevitável – redundar no mesmo problema, só que agora em detrimento da parte inicialmente tida como mais forte; constatarando o juiz a desigualdade, ao tentar estabelecer a paridade de armas, o juiz pode acabar desequilibrando a balança para o outro lado” (*idem*, p. 129). A lição, em que pese proferida sobre a iniciativa instrutória do juiz, é igualmente aplicável à alteração do ônus da prova em sentido objetivo. E, se esse novo desequilíbrio de fato ocorrer, não há dúvida que a emenda terá saído pior que o soneto. A disparidade resultante dos fatos da vida, embora incômoda, é algo que se aceita (ou se pode tentar aceitar), como tantas outras vicissitudes; inaceitável, porém, que seja criada pelo juiz, terceiro que deveria ser equidistante e imparcial.

A pretexto de se atenuar ou mesmo eliminar o aspecto subjetivo do ônus da prova,⁷⁰ altera-se, sem necessidade, o seu aspecto objetivo, a regra de julgamento (o ônus da prova em sentido verdadeiro e próprio) a ser utilizada em caso de insuficiência do conjunto probatório.

A solução, pois, é inadequada (considerando-se os exemplos comumente invocados) e tem em sua base, a nosso ver, a sobrevivência, posto que quase inconsciente, de uma concepção equivocada quanto ao instituto do ônus da prova, que merece ser desde logo ressaltada.

Realmente, a noção de que a redistribuição *ope iudicis* do ônus da prova serve para evitar que fique inerte a parte em melhores condições de produzir a prova relativa a determinada alegação, ignora que a regra de julgamento em questão é objetiva, isto é, a sua aplicação independe do maior ou menor empenho que as partes tenham tido no processo.

Tanto é assim que ainda que se reconheça ao juiz ampla iniciativa probatória, à semelhança do que defendeu Friedrich Lent,⁷¹ o que significa esvaziar ou pelo menos mitigar o aspecto subjetivo do ônus da prova a cargo das partes, é inevitável admitir que não havendo prova apta a convencer o juiz, em um ou noutro sentido, permanece o seu aspecto objetivo, pois a sentença deverá ser proferida em favor de um dos litigantes, cabendo ao outro suportar as consequências da ausência de prova:

“L'onere della prova assume rilievo decisivo solo quando l'istruzione è rimasta senza un esito chiaro, e non consente al giudice di formarsi un convincimento sicuro (in altre parole, quando siamo di fronte ad un *non liquet*). In questo caso non è possibile evitare una decisione di merito; la sentenza deve essere emanata a favore dell'una o dell'altra parte, e deve fondarsi sull'i-

70. Sob este prisma, atribuir ao juiz ampla iniciativa probatória na generalidade dos casos, entendimento com o qual já manifestamos divergência (Yoshikawa, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações a respeito da iniciativa instrutória do juiz no processo civil brasileiro. *Revista Dialética de Direito Processual* 59/63-83), é sem sombra de dúvida remédio menos amargo para a parte contrária do que a alteração da regra de julgamento.

71. “In piena corrispondenza con quanto detto sopra, non esiste in linea di principio alcuna rigorosa ripartizione dell'onere della prova. 1. – Tale onere non ha alcuna importanza per quanto concerne la proposizione delle istanze istruttorie, qualora esse provengano da entrambe le parti. Il giudice ha infatti in questo caso il dovere di assumere tutte le prove che gli sembrano rilevanti, senza preoccuparsi di sapere a chi compete il relativo onere” (LENT, Friedrich. *Diritto processuale tedesco*. Trad. Eduardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1962, p. 203).

nesistenza del fatto rimasto senza prova. È dunque necessario stabilire quale dei due litiganti risenta il danno per la scarsa chiarezza o le lacune, che il giudice non ha potuto superare nella sua ricostruzione dei fatti; e il pregiudizio colpisce colui, dal quale era lecito attendersi una chiarificazione dei punti rimasti in ombra.”⁷²

A idêntica conclusão chegou, entre nós, José Roberto dos Santos Bedaque.⁷³ Repita-se, a detrota, nesta situação limite, decorre da falta da prova, objetivamente considerada, e não do descumprimento de um dever de provar, que não existe no processo civil (ainda que se cuide de direito indisponível).⁷⁴

Há que se ter muito cuidado, pois, com expressões do tipo “a parte tem de provar”, “cabe à parte provar”, “precisa a parte provar” ou similares, para que, ainda que inconscientemente, não se instale no espírito do estudioso a ideia de que existiria em matéria de prova alguma forma de dever ou obrigação.

Igualmente inviável, portanto, eis o segundo ponto a ser ressaltado, fundar a alteração do ônus probatório em um suposto “dever de colaboração”,⁷⁵ quer com a parte contrária (o que soa verdadeira extravagância em um processo de natureza dialética, ainda mais quando normalmente predomina o princípio dispositivo e não o inquisitivo), quer com o juiz, sob pena da desnaturação do instituto.

No processo as partes têm o dever de proceder com lealdade e boa-fé (= proibição da má-fé processual), no tocante, por exemplo, às alegações deduzidas em juízo, cujo descumprimento pode ensejar a aplicação das penalidades previstas nos arts. 16 a 18 do CPC, mas não têm, certamente, o “dever” de

72. Cf. idem, p. 203.

73. “Em síntese, o poder instrutório do juiz, previsto no art. 130, não se subordina às regras sobre o ônus da prova, e não as afeta, visto que são problemas a serem resolvidos em momentos diversos” (In: MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 385).

74. “Sob esse enfoque, afugura-se irrelevante saber se o direito material controvertido é, ou não, indisponível, ou, mesmo se há desigualdade real entre os litigantes, na medida em que a falta ou inoperância da prova é quadro que pode ocorrer no processo independentemente da natureza do direito debatido ou de alguma qualidade ou particularidade das partes” (VARELLA, Flávio Luiz. Op. cit., p. 115).

75. *Dever e colaboração* são palavras que, a nosso ver, excluem-se mutuamente. Se há dever, o seu descumprimento configura ato ilícito, que pode e deve ser reprimido pela aplicação de eventual sanção. O devedor que paga o empréstimo integralmente, na data do vencimento, não está colaborando com o credor, mas adimplindo uma obrigação.

prova-las, nem a improcedência da demanda ou da contestação constituirá, na hipótese, sanção pelo seu inadimplemento.

O art. 333 do CPC, malgrado a sua redação por vezes possa sugerir o contrário, não determina, em nenhum momento, que alguma das partes deve provar isto ou aquilo, de tal modo que se possa, com base na ideia de redistribuição, atribuir a incumbência de um dos litigantes ao outro: "O sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não se produza".⁷⁶

A regra legal apenas estabelece, como já dito (pedimos desculpas pela insistência), quem sofrerá as consequências danosas (para o seu interesse) da eventual insuficiência da prova.

Feitas essas das observações, entendemos ser possível demonstrar que o instituto que se pretende importar não tem a utilidade que se lhe atribui, vez que já existem em nosso direito processual mecanismos aptos para contornar ou afastar as dificuldades práticas à aquisição de determinada fonte de prova pelo processo, inclusive nas situações que imprópriamente têm sido apontadas como justificadoras da redistribuição dinâmica do ônus da prova.

Alega-se, por exemplo, que, a teoria seria particularmente útil em casos envolvendo erro médico (o paciente submetido a cirurgia estava inconsciente, ignorando o que ocorreu, além de não dispor do prontuário e/ou relatório do que teria acontecido) e contratos bancários (o correntista/poupador já não tem os documentos necessários para demonstrar o direito que afirma ter, como cópia de contratos e extratos bancários), entendimento que seria confirmado por decisões judiciais nas quais se fez menção à redistribuição dinâmica do ônus da prova entre as razões de decidir do órgão julgador.

Ora para estas situações já prevê o ordenamento técnicas específicas para investigação dos fatos relevantes (= meios de prova): no caso da recusa da apresentação de documentos (extratos bancários, prontuários médicos) ou coisas, o pedido incidental de exibição contra a parte ou terceiro; ante a suspeita de erro médico, a realização de perícia,⁷⁷ direta (exame da pessoa) ou indireta

(exame do prontuário e outros documentos, precedida, se for o caso, de pedido de exibição).

Nesse passo, deve ser ressaltado que o sistema processual, embora reconheça que provar é ônus e não obrigação, não deixa a parte onerada ao desamparo, caso a aquisição da fonte de prova pelo processo dependa da colaboração do adversário, impondo a este, ante o direito fundamental de provar do primeiro (direito de influir no convencimento do juiz, enquanto manifestação do contraditório),⁷⁸ o dever de não criar obstáculo à produção da prova,⁷⁹ inclusi-

superioridade técnica resta eliminada, ou muito reduzida, como no exemplo muitas vezes dado de suspeita de erro médico. A hipossuficiência técnica da parte é suprida pela presença no processo do perito judicial, que a domina, e que, tendo acesso ao próprio paciente e aos documentos pertinentes (prontuário, relatório etc.), presume-se seja capaz de reconstruir os eventos, para saber como se passaram. Também se alega o problema da eventual parcialidade do perito (por exemplo, em perícias médicas), resultante de espírito corporativista (CARES, ARNUP: Op. cit., p. 107), mas, com todo o respeito, nada justifica presumir a má-fé do assistente do juízo. Especialmente porque, se esse for o caso, de nada adiantará a dinamização. Se o perito estiver mal-intencionado, nada lhe custará ajudar o colega de profissão, afirmando no laudo (com grau de certeza) a inexistência de culpa ou dolo, de modo a assegurar a sua absolvição.

78. Por se tratar de direito fundamental, de índole constitucional, o direito de provar não pode ser indevidamente suprimido por institutos processuais, disciplinados por normas infraconstitucionais, como as presunções (YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Presunções absolutas e devido processo legal – Inconstitucionalidade por ofensa ao direito à prova. *Revista Dialética de Direito Processual* 61/33-40), a revelia (YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Revelia e direito à prova. *RePro* 185/35-62) e a inversão do ônus da prova (YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. (Ainda e sempre) o momento de inversão do ônus da prova. *Revista Dialética de Direito Processual* 60/28-37). Segundo a teoria defendida pelo Prof. Flávio Luiz Yarshell, em sua tese de titularidade, a esse direito se acrescentaria outro, o de "ciência, pelos interessados, dos fatos relevantes no âmbito de dada controvérsia, para formação de seu próprio convencimento", ou seja, direito à prova (YARHELL, Flávio Luiz. Op. cit., p. 171).

79. A referência a um tal dever é encontrada em Liebman, que se por um lado rechaçava uma visão moralista do dever de lealdade das partes, por outro reconhecia a existência de limites éticos no processo (o respeito às regras do jogo), do qual este seria exemplo: "Por isso, cada uma das partes deve evitar o emprego de manobras ou artificios que possam impedir a outra de se defender [far valer] suas razões perante o juiz da maneira mais ampla e com todas as garantias previstas em lei. Inclui-se, pois, na atividade proibida especialmente tudo aquilo que pertence a plena e regular aplicação do princípio do contraditório, como por exemplo: (...) (d) praticar ato impedindo a outra parte de servir-se de um meio de prova de que poderia dispor (hipótese especial

76. Cf. NEW JR., Nelson; ROSA MARIA DE ANDRADE. Op. cit., p. 531. No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 75.

77. Considerando que no nosso direito as questões que envolvam conhecimentos técnicos são como regra investigadas e elucidadas (espera-se) pelo perito judicial, de confiança do magistrado, diferentemente do que ocorre em outros países (por exemplo, nos Estados Unidos, em que cada parte é representada por um *expert*, cabendo ao juiz optar pelas conclusões daquele que reputar mais confiável ou persuasivo), eventual

ve sancionando⁸⁰ eventual conduta ilícita com presunções legais⁸¹ que suprem a falta da prova frustrada pela conduta de uma das partes, evitando que o resistente obtenha da sua omissão qualquer proveito processual.

Assim dispõe o art. 359 do CPC, que determina, como consequência da injusta recusa da parte em exibir documento ou coisa, que “o juiz admitirá

é a prevista pela lei como motivo de revogação da sentença: art. 395, n. 3)” (LIEBMAN, Enrico Tullio. Op. cit., 166-167).

80. Seria essa penalidade (= presunção) cumulável com outras, como multas por litigância de má-fé ou ato atentatório à dignidade da justiça? A pergunta foi respondida negativamente por Flávio Luiz Yarshell: “(...) Impor uma sanção pecuniária a quem não colaborou seria penalizar aquele que presumivelmente já foi penalizado pela própria injustiça da decisão. Para fazer uma imagem, seria punir alguém por lesar sua própria integridade” (YARSELL, Flávio Luiz. Op. cit., p. 174). Em nossa opinião, a questão apresenta outros contornos: A punição não resulta do prejuízo ao interesse da própria parte, mas ao do adversário, que foi privado da produção da prova por ele pleiteada. Nesse contexto, a impossibilidade de cumulação da presunção com uma penalidade pecuniária se fundamentaria, quando muito, no princípio da proporcionalidade, que está na base da proibição do *bis in idem*. O problema, no entanto, é que a presunção, afinal, pode não produzir efeitos, caso por outros meios o juiz consiga se convencer em um ou noutro sentido, situação em que a conduta antijurídica da parte ficaria sem sanção específica.

81. Não nos parece possível, como regra, admitir que o comportamento das partes em juízo possa ser utilizado para fundamentar presunções humanas (art. 335 do CPC) a respeito da existência ou inexistência dos fatos controvertidos, sob pena de se permitir ao juiz, de forma generalizada, transformar ônus em deveres processuais. Ora, não é o ato (= omissão da parte), em si, que enseja a aplicação da sanção (= presunção), mas o fato de se tratar de descumprimento de um dever, o que pressupõe, à vista da regra geral de liberdade (art. 5.º, II, da CF), prévia previsão em lei. Por outro lado, se é verdade que a conduta processual das partes pode ser influenciada pelo direito material, também é verdade que ela é afetada pelos ônus processuais que lhe são impostos (a regra geral prevista em lei), cuja observância lhes permite obter um resultado favorável com um mínimo dispêndio de “energia” (em sentido amplo), fruto precisamente da repartição de ônus entre as partes. Cf. GRANDE, Maximiliano Garcia. Op. cit., p. 87. Haveria, pois, evidente armadilha para a parte, que primeiro é levada a crer (pelo que diz a lei e confirmam os processualistas) que não precisa, se não quiser, ter iniciativas probatórias, e num segundo momento é punida por acreditar em tal orientação. Não se nega, como ressaltou douto processualista, que tal ligação até possa penetrar na mente do juiz, e que isto talvez seja inevitável. Cf. YARSELL, Flávio Luiz. Op. cit., p. 63. Negá-se, apenas, que ele possa validamente utilizar tal circunstância como razão de decidir.

como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar”.⁸²

Solução similar foi adotada pelo art. 343 do CPC, que estabelece para a parte cujo depoimento pessoal for determinado pelo juiz, em caso de não comparecimento ou de recusa a depor, a pena de confissão.

Da mesma forma, o art. 231 do CC/2002 estabelece que a parte que se recusa a submeter-se a exame médico não se beneficia da ausência da prova, o que ocorre, nos termos do art. 232 do CC/2002, podendo ser presumida a ocorrência do fato que a perícia poderia demonstrar.⁸³

De qualquer forma, ainda que, de forma residual, subsistisse alguma dificuldade na aquisição de provas pelo processo que não pudesse ser solucionada adequadamente pelas técnicas já previstas pelo Código de Processo Civil, não se justificaria a adoção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, ao menos do modo como tradicionalmente exposta pelos doutrinadores que a defendem.

A maior ou menor dificuldade de produção da prova, por si só, jamais poderia ser utilizada como fundamento para a alteração do ônus da prova estabelecido em lei (seja a regra do art. 333 do CPC, seja a constante em lei extravagante), que conforme já ressaltado implica em dispensa da prova do fato alegado pela parte a quem ele beneficia, pois isto resultaria em flagrante ofensa ao princípio constitucional da isonomia, que exige da parte prova de suas alegações.

82. É correta a leitura de que com fundamento no art. 359 do CPC o juiz pode determinar à parte que adote conduta que não lhe era sugerida pelas regras de repartição do art. 333, conforme observou Suzana Santi Cremasco. Cf. op. cit., p. 96. Ocorre, no entanto, que tal conduta resulta de um dever específico, previsto em lei, e não da distribuição do *onus probandi*. Não se trata, pois, de exemplo positivado de distribuição dinâmica, até porque o direito à exibição (e consequentemente a sanção pelo seu descumprimento) a rigor independe de haver ou não outro meio de provar o fato controvertido (= impossibilidade ou extrema dificuldade), o que é claramente revelado pelos arts. 356 e 358 do CPC.

83. A redação do art. 232 do CC/2002 (“A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”) sugere não se tratar de presunção legal, pois a conduta da parte, por si só, não seria suficiente para determinar o resultado do julgamento (o que ocorreria se de presunção se tratasse, conforme, aliás, esclarece o art. 334, IV, do CPC), mas indicio, a ser avaliado com outros elementos de prova, com base nos quais poderá o magistrado estabelecer uma presunção humana. Cf. CARRES, Artur. Op. cit., p. 98-99. A Súmula 301 do STJ, porém, adotou outro entendimento: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

gações precisamente porque, à míngua de prova, não lhe seria lícito dar mais valor à palavra do autor do que à do réu, sejam eles quem forem.⁸⁴

Ora, se a maior ou menor facilidade em produzir a prova (o que, como anteriormente ressaltado nada tem a ver com a menor ou maior facilidade em convencer o julgador em um ou noutro sentido) não foi o critério estabelecido pelo legislador para distribuir o ônus da prova (e sim o interesse na aplicação de determinada regra jurídica), não faz sentido que a variação, no caso concreto, dessa circunstância, dê ensejo à alteração do quanto estabelecido em lei.

Não haveria, na hipótese, a *correção* ou *adaptação*, no caso concreto, do critério estabelecido pelo legislador, por não ser possível a este prever todas as situações que na prática poderiam surgir, mas a sua *alteração*.⁸⁵

84. Reputamos absurdo, por exemplo, cogitar que o depoimento pessoal da parte, naquilo que lhe tiver de *favorável*, possa ser utilizado como prova pelo magistrado, pela elementar razão de que a parte, ainda que de reputação ímbada, é sujeito parcial do processo, interessado no seu resultado. Do contrário, não faria qualquer sentido ver dar o depoimento de terceiros (= testemunhas) no processo (causas de impedimento e suspeição) quando tenham laços afetivos ou familiares com uma das partes ou sejam interessados, mesmo indiretamente, no resultado do processo. Por definição, nenhum terceiro pode ser mais interessado, e, portanto mais “suspeito” (em sentido lato) do que a própria parte. A respeito do tema, merece ser transcrita lição de Calamandrei, que a nosso ver continua atual: “Che nel processo civile a tipo dispositivo, la parte dica o non dica la verità, è, dal punto di vista del diritto probatorio, assolutamente indifferente, perché il giudice non solo non ha il dovere di credere a quanto la parte afferma, ma anzi ha il dovere di non credervi, in quanto la parte afferma fatti favorevoli al suo proprio interesse” (CALAMANDREI, Pietro. *Sul progetto preliminare Solmi. Studi sul processo civile*. Padova: Cedam, 1939. vol. 4, p. 170). Numa hipotética ação de cobrança movida por Madre Teresa de Calcutá em face de Al Capone, não bastaria jamais a afirmação da beata para a procedência do pedido, exigindo-se a demonstração do fato constitutivo, caso negado pelo gangster (a alegação pode ser favorecida por presunção humana, porém não fundada unicamente nas qualidades pessoais das partes). A solução, à primeira vista, pode assustar, mas deve ser lembrado que, no mundo real, não são as partes nem tão santas nem tão vis (ou pelo menos não é isto de conhecimento do juiz, até porque o caráter das partes como regra não constitui objeto do processo), de modo que permitir ao juiz que equipare a alegação à sua prova, dispensando-a, dependendo de quem ela prover, abriria as portas ao arbítrio do julgador, sujeitando as partes a suas preferências e preconceitos.

85. A respeito veja-se a lição de Rosenberg, ao justificar a não influência do *processo concreto* (= as circunstâncias do caso concreto) na distribuição do ônus da prova: “Este axioma, reconhecido por muchos, es una consecuencia de nuestro principio de la distribución de la carga de la prueba y sólo explicable, en realidad, partiendo de este principio. Por eso, los representantes de una concepción opuesta con respecto a esta

Não é outra a razão pela qual a doutrina e a jurisprudência dominantes, ao interpretar o art. 6.º, VIII, do CDC, que autoriza a inversão *ope iudicis* do ônus da prova em ações nas quais sejam partes consumidores de produtos ou serviços, exige, não obstante a redação do preceito legal, a presença de ambos os requisitos mencionados pelo legislador: a verossimilhança da alegação cuja prova será dispensada e a hipossuficiência do consumidor.

Ora, permitir a alteração do ônus da prova (e tanto a inversão quanto a distribuição dinâmica nada mais são do que alterações *ope iudicis* de uma regra geral previamente estabelecida em lei)⁸⁶ com fundamento apenas na dificuldade da prova, sem que se exija igualmente a verossimilhança da alegação (no sentido de probabilidade da sua veracidade) que deveria ser provada para o acolhimento do pedido ou da contestação, tem a nosso ver, inconvenientes similares aos apontados pela doutrina para afastar a inversão do ônus da prova apenas com base na hipossuficiência do consumidor.

Realmente, se o juiz deve dar o mesmo peso às alegações do autor e do réu, caso não seja produzida prova que o convença (= juízo de certeza) em um ou outro sentido, não haveria justificativa racional para se atasar a regra prevista em lei (art. 333 do CPC), vez que inadmissível, à luz da Constituição da República, qualquer solução que pretenda resolver esse impasse utilizando como critério a classe das pessoas (v.g., favorecendo consumidores em detrimento de fornecedores, pacientes em detrimento de médicos, clientes em detrimento de bancos etc.)⁸⁷ ou dos direitos envolvidos (v.g., favorecendo os direitos da personalidade sobre os direitos de crédito).

Seria inadmissível, por exemplo, julgar procedente um pedido fundado em alegação inverossímil (i.e., invocando fato cuja ocorrência é improvável), apenas porque o réu, após a redistribuição do ônus probatório, não conseguiu convencer o juiz da falta de veracidade da sua afirmação.

carga llegan fácilmente a un resultado distinto” (ROSENBERG, Leo. Op. cit., p. 205-206).

86. Cf. DUDER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 92 (defendendo que a inversão do art. 6.º, VIII, do CDC representa aplicação da teoria da distribuição dinâmica, embora resista às causas de consumo).

87. “Pensando no resultado do processo, a desigualdade substancial das partes pode ser conduz o julgador a decidir em favor da parte mais fraca, que não necessariamente é a parte amparada pelo direito material; quando este – e não aquele – é o critério para o julgamento” (YARSHEL, Flávio Luiz. Op. cit., p. 129).

Na falta de certeza, não pode o julgador prestigiar o inverossímil em detrimento do inverossímil, acreditar no improvável no lugar do provável.

Não é por outra razão que se exige prova das alegações inverossímeis (de fatos improváveis ou, *a fortiori*, impossíveis), ainda que não contróvertidas:

“Incluem-se também no objeto da prova, sem embargo do silêncio da lei a respeito, as alegações de *fatos impossíveis* ou mesmo *improváveis*. Como em toda interpretação, é indispensável aqui o apelo à *razoabilidade* (Recaséns Siches), porque seria de suma insensatez impor ao juiz o reconhecimento passivo da ocorrência de fatos ou existência de situações fácticas que sua inteligência de homem comum repele. O *cameleio passando pelo fundo de uma agulha*, de notória referência bíblica, é um fato materialmente impossível aos seres deste mundo. O deslocamento de coisas sólidas, líquidas ou gasosas pelo simples poder da mente e sem qualquer impulsão física, é fato que a parapsicologia afirma ser possível mas tal é sua excepcionalidade que, quando alegado, depende de prova. Fatos assim precisam de prova ainda quando não negados ou mesmo que hajam sido reafirmados expressamente pela parte contrária (confissão). Insiste-se: o processo não é um *negócio combinado em família* mas instrumento de exercício de um serviço público e o poder de disposição das partes não pode chegar ao ponto de impor absurdos à inteligência do juiz”.⁸⁸

Ora, se “há que se ter um mínimo de verossimilhança para que um fato, mesmo que *controverso*, seja excluído do objeto da prova”⁸⁹ (e esse é precisamente o resultado da distribuição dinâmica), com maior razão deve tal atribuir-se exigido se os fatos forem *controversos*.

Dessa forma, em nossa opinião a dificuldade de produção da prova somente autorizaria a distribuição dinâmica do ónus probatório se a alegação for verossímil (conforme têm entendido alguns julgados),⁹⁰ hipótese em que, confirma a dificuldade de sua produção por ocasião do julgamento, ante a inexistência de elementos que possam conferir certeza ao juiz (se a prova “aparecer”, pouco importa se havia ou não dificuldade e se a alegação era ou deixava de ser verossímil no começo do processo), apesar da iniciativa da parte (ou mesmo

do juiz),⁹¹ justifica-se em caráter excepcional a redução do grau de convencimento exigido para o julgamento do mérito, contentando-se o julgador com a mera probabilidade da existência do direito (julgamento fundado em prova *prima facie* ou redução do *standard* probatório).⁹²⁻⁹³

Como é fácil perceber, estamos no domínio das máximas de experiência (art. 335 do CPC) – não se cuida, pois, de nenhuma novidade –,⁹⁴ extraídas dos fatos circunstanciais (= indícios) provados pela parte, que autorizam a criação, no caso concreto, de uma presunção judicial ou humana, que serve de sucedâneo da prova, alterando o ónus probatório⁹⁵ e autorizando o acolhi-

91. Exige-se um mínimo de iniciativa (ónus) da parte, que é provar ser impossível ou excepcionalmente difícil a produção da prova, bem como a maior facilidade da outra parte faz-lo: “El sujeto cuya carga se aligera debe arrimar algún esfuerzo y desarrollar también actividad. De lo contrario, la comodidad o el refugio en el esquema estático que objetamos no habrá hecho más que cambiar de manos” (BARBERO, Sergio José. Cargas probatorias dinámicas: ¿Que debe probar el que no puede probar? In: PERRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (coords.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 103). A parte é dispensada de provar o fato controvertido, porém, para tanto, tem o ónus de demonstrar (= provar) o pressuposto que justifica a (re)distribuição. E aqui, *data venia* dos que possam pensar o contrário, entendemos não ser possível eximir-se a parte de tal prova (da dificuldade), alegando ser ela impossível ou muito difícil. Do contrário, as situações de impossibilidade/dificuldade de prova seriam precisamente as mais fáceis para a parte.

92. Cf. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 65-67.

93. Em sentido contrário manifestou-se Artur Carpes, desvinculando a dinamização do ónus da prova da redução do grau de convencimento exigido. Cf. CARPES, Arthur. Op. cit., p. 99-103. A crítica nos parece procedente à luz da doutrina tradicional, que não exige a verossimilhança da alegação para a distribuição do ónus da prova no caso concreto, situação porém diversa da ora sustentada. Não se nega existirem diferentes graus de suficiência de prova. O que se sustenta é que, havendo dificuldade de produção da prova e sendo a alegação verossímil, é possível, sem ter sido atingido o grau de convencimento previamente estabelecido (seja ele qual for), reputar o fato provado, o que equivale à redução desse mesmo grau.

94. José Geraldo Brito Filomeno e Kazuo Watanabe já haviam ressaltado a relação direta entre a inversão do ónus da prova em favor do consumidor, fundada na verossimilhança de suas alegações, e a regra do art. 335 do CPC. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 155 e 812. Cf., ainda, SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Questões velhas...* cit., p. 55-57.

95. “Las circunstancias del caso no pueden influir en la decisión de invertir el ónus probandi, a no ser que dichas circunstancias generen la presunción *hominis* en el magistrado” (GRANDE, Maximiliano García. Op. cit., p. 76).

88. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 61-62.

89. Cf. ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ónus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 21.

90. Cf. TJMG, AgIn 1.0145.07.403.861-6/003, 13.ª Câm. Civ., j. 25.10.2007, rel. Des. Claudia Maia; TJMG, AgIn 1.0471.07.083.696-3/001, 13.ª Câm. Civ., j. 25.10.2007, rel. Des. Claudia Maia.

mento da pretensão do autor ou réu ainda que não haja certeza a respeito do fato alegado.⁹⁶

Técnica, aliás, que já tem sido utilizado para afastar situações de impossibilidade de produção da prova, como fica demonstrado no seguinte aresto do STJ:

“Direito administrativo. Recurso especial. Servidor público. Anistia. Demissão por motivação política. Prova direta ou material. Impossível. Ato demissório dissimulado. Contexto demonstrativo da nota política da demissão do recorrente. Prova em contrário que compete à administração. Inaplicabilidade da Súmula 7/STJ. Valorização da prova. Recurso conhecido e provido.

1. A prova, nos casos de concessão de anistia para fins de reintegração ao serviço público, é sempre indireta e deve decorrer da interpretação do contexto e das circunstâncias do ato apontado como de motivação política.

2. A prova direta, material ou imediata é rigorosamente impossível em caso dessa espécie. Impor ao autor que a faça significa, em verdade, impor-lhe a chamada prova diabólica, de produção impossível, porque os afastamentos dos cargos, à época, eram disfarçados; assim, por exemplo, quando militar o servidor, afastava-se por disciplina ou insubordinação; quando civil, por ato de abandono e outras alegações com a mesma finalidade e do mesmo teor. Destarte, compete à Instituição que promoveu o ato demissionário demonstrar a inexistência de motivação política.

3. Na presente hipótese, o contexto da demissão do recorrente, revelado pela (I) sua participação ativa em movimentos então denominados esquerdistas ou subversivos, (II) a perseguição e a demissão de pessoas próximas, inclusive fa-

miliars, (III) o forte conceito que maninha na Universidade, sem qualquer mácula em sua conduta profissional e acadêmica, bem como (IV) o fato de ter sido anistado pelo Ministério do Trabalho em face de sua demissão da Petrobras, demonstram a motivação política do seu afastamento dos quadros da UNB.

4. Não se cuida, aqui, de mero reexame de matéria fático-probatória, realmente incabível em sede recursal especial, mas de valorização da prova, abstratamente considerada, passível de realização nesta instância.

5. A questão da prova direta não é a nuclear no processo de anistia e nem mesmo constitui o fulcro do pedido, porque em hipótese que tal a avaliação do pleito há de seguir a trilha do art. 8.º do ADCT e da Lei 10.559/2002 (Lei de Anistia), elaborada com o ânimo de pacificar o espírito nacional, aproximar os contrários e instalar o clima de recíprocas confianças entre grupos d'antes desentendidos.

6. Recurso Especial conhecido e provido” (STJ, REsp 823.122/DF, 5.ª T., j. 14.11.2007, m.v., rel. p/ acórdão Min. Napoleão Nunes Maia Filho).

Do contrário, pode-se chegar a resultados verdadeiramente paradoxais.

Por exemplo, à mingua da exigência da verossimilhança da alegação, a parte, alegando dificuldade, poderia pleitear, por exemplo, a redistribuição do ônus da prova resultante de presunção legal (relativa), frustrando os propósitos do legislador, que as estabelece precisamente para facilitar a prova de determinados fatos (*rectius*, alegações de fatos).⁹⁷ O resultado, nesta situação, seria incongruente,⁹⁸ mais ainda do que o produzido pela iniciativa probatória do juiz (que suprime ou mitiga apenas o aspecto subjetivo do *ônus probandi*), e portanto desaconselhado pela existência de técnicas legais (como a presunção) que dispensam a prova.⁹⁹

8. A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova encontra-se expressamente prevista no Projeto do novo Código de Processo Civil, atualmente

96. O que não apenas resolve o problema da aquisição da prova pelo processo, como outro, que dele pode ou não ser consequência, que é o convencimento do juiz, como resultado da sua valorização. Claro que se a prova não for produzida, jamais poderá o juiz se convencer da existência ou inexistência do fato alegado. Não obstante, é possível que a prova venha ao processo e, apesar disso, não produza na mente (ou espírito) do julgador certeza (suficiente) para autorizar julgamento de mérito. Esse fenômeno, evidentemente, tem seus inconvenientes, pois obriga o juiz a equiparar a ausência de certeza à falta de prova, ainda que preponderem os elementos convergentes à aceitação (ou negação) da ocorrência do fato. A utilização das presunções humanas, assim, mitiga, no caso concreto, o eventual rigor da exigência de certeza, que não pode mesmo ser levada ao paroxismo, vez a busca da verdade não é o fim do processo, mas apenas um meio, nela não se podendo insistir até o ponto em que se comece a comprometer o escopo social da jurisdição. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 252-254.

97. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito...* cit., p. 114. A alegação da parte que tem contra si presunção legal é, necessariamente, inverossímil, e precisamente por isso precisa ser provada, ainda que a prova seja muito difícil.

98. “Como se dijo anteriormente, no puede el derecho material presumir la liberación o la inculpabilidad de una persona, y el derecho de forma exigir a esa persona que pruebe tal liberación o inculpabilidad pronosticando una desventaja en el litigio si no puede demostrar aquello que el derecho material presume” (GRANDE, Maximiliano García. Op. cit., p. 79).

99. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito...* cit., p. 55.

em tramitação na Câmara dos Deputados (PL 8.046/2010), nos seguintes termos:

“Art. 358. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

§ 1.º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 357, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2.º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.”

À luz do que foi exposto nos itens anteriores, entendemos que utilidade da proposta de alteração legislativa é bem menor do que se costuma apreçoar, considerando-se que o sistema já dispõe de meios para vencer as dificuldades da parte em trazer a prova ao processo (sem criar regra geral que obrigue a parte a produzir prova contra si mesma), como a determinação da exibição de documento ou coisa (sob a pena do art. 359 do CPC), bem como a possibilidade de dispensa da prova com fundamento nas máximas de experiência. Igualmente ponderável é o risco de que o novel instituto resulte em (ainda) maior insegurança jurídica para as partes, aumentando, sob este ponto de vista, o grau de *entropia* do sistema processual.

Sem embargo, caso o legislador deseje correr semelhante risco (o que frequentemente tem ocorrido), disciplinando expressamente o instituto, entendemos que quatro importantes alterações devem ser feitas.

A primeira é condicionar a concessão do benefício ao prévio requerimento da parte interessada, de modo a vedar a redistribuição do ônus da prova *ex officio* pelo juiz, em observância ao princípio dispositivo (ou princípio da demanda, como quer a maior parte da doutrina), em coerência com o disposto nos arts. 2.º, 128 e 460 do CPC.¹⁰⁰ Se produzir a prova necessária a um julgamento favorável é ônus da parte, pleitear a alteração desse ônus, à toda evidência, também não pode deixar de ser um ônus.

A segunda, como já ressaltado, é condicionar a redistribuição do ônus da prova à verossimilhança do fato alegado pelo autor ou pelo réu, evitando-se,

assim, o absurdo de ser reputada provada alegação inverossímil, isto é, que não aparenta ser verdadeira.

A terceira, embora já implícita no sistema (como revelam decisões proferidas a propósito do art. 6.º, VIII, do CDC),¹⁰¹ é afastar expressamente a possibilidade de distribuição dinâmica do encargo probatório se a contraprova for ou se tornar no curso do processo¹⁰² impossível também para a parte contrária (= prova bilateralmente diabólica),¹⁰³ proibição que também deve ser aplicada às situações que envolvam a inversão do ônus da prova em favor do consumidor ou a aplicação de presunções *juris tantum*, pois em todas essas situações o escopo da lei é *facilitar* a defesa de uma das partes, não *inviabilizar* a defesa do adversário:

“Mas, se é ineficaz a inversão exagerada mesmo quando resultante de ato voluntário de pessoas maiores e capazes (art. 333, parágrafo único, II, do CPC), com mais fortes razões sua imposição por decisão do juiz não poderá ser eficaz quando for além do razoável e chegar ao ponto de *tornar excessivamente difícil ao fornecedor o exercício de sua defesa*. Eventuais exageros dessa ordem transgrediriam a garantia constitucional da *ampla defesa* e conseqüentemente comprometeriam a superior promessa de dar tutela jurisdicional a quem tiver razão (acesso à justiça).”¹⁰⁴

101. “Ordinária de indenização. Defeitos de bem de consumo durável (automóvel usado). Ônus da prova não invertido. Prova pericial não requerida e rol de testemunhas não depositado em cartório. Fatos constitutivos do pedido indenestrados. Sentença de improcedência. Inversão do ônus da prova que, no caso, carregaria à ré a tarefa inviável de provar fato negativo, qual o da inexistência de defeitos, quase (*sic*) ano depois de entregue o bem – de uso constante e por isso deteriorável – ao consumidor. Recurso improvido” (TJRJ, Ap 2003.001.11075, 7.ª Câm. Civ., j. 03.06.2003, rel. Des. Maurício Caldas Lopes).

102. “A alteração superveniente nas circunstâncias de fato ou de direito que nortearam a distribuição inicial do ônus da prova entre os litigantes com base na teoria da carga dinâmica e que dificultem sobremaneira ou inviabilizem a produção da prova e o cumprimento do encargo não só autoriza, mas torna imperativa a revisão da repartição do ônus entre os litigantes, enquanto não encerrada a instrução” (CREMASCO, Suzana Santi. Op. cit., p. 92).

103. Cf. DUBIEK JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarro; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 87-89. A verdadeira impossibilidade, em nossa opinião, é sempre bilateral, salvo se consistir em inadmissibilidade da prova (impossibilidade jurídica, decorrente de vedação legal) que incida apenas sobre uma das partes.

104. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito...* cit., p. 79. No mesmo sentido, no tocante à distribuição dinâmica: CARPES, Artur. Op. cit., p. 91; CREMASCO, Suzana

100. Em sentido contrário: CARPES, Artur. Op. cit., p. 133.

Conforme apontava Moacyr Amaral Santos em sua clássica obra sobre o tema da prova, em caso de impossibilidade de prova do fato alegado é imperioso, por razão de lógica e de política legislativa, a impropriedade da pretensão do autor (ou do réu):

“Se a prova é impossível, deve o autor sucumbir por não fazê-la, porque seria muito fácil ganhar a causa alegando fatos que não podem ser provados, além do que as pretensões mais insustentáveis seriam as mais seguras de se obter”.

Por isso mesmo se sustenta, com carradas de razões, que a impossibilidade, mesmo absoluta, que tiver o autor de justificar os fatos negativos que servem de fundamento da ação, não pode ser motivo de isentá-lo do ônus da prova para impô-lo ao réu. A regra *actoris est probare* permanece em sua inteireza, de nada valendo ao autor arguir impossibilidade, mesmo absoluta, de provar as negativas em que se calca a ação, visto que, a não ser assim, poderiam ser pleiteados em juízo os maiores absurdos independentemente de qualquer prova dos fatos arguidos como fundamento do direito pretendido.¹⁰⁵

Em sendo a prova impossível para ambos os litigantes nada justificaria que o juiz pudesse se afastar do critério de distribuição previamente traçado pela lei.¹⁰⁶

Santi. Op. cit., p. 97. A injustiça, de fato, é consideravelmente maior do que a impossibilidade de atender ao ônus previamente estabelecido pela lei, pois, a nova regra é superveniente à ocorrência dos fatos e, por isso mesmo, potencialmente talvez já não exista como demonstrá-los. Não há cautela, diligência ou iniciativa possível para “prevenir” evento que já ocorreu. Na atribuição prévia do encargo (à ocorrência do fato a ser provado) não se sabe de antemão se a prova é ou não possível (do contrário haveria inequívoca violação ao *due process of law*), razão pela qual, caso a impossibilidade venha a se configurar, certamente haverá prejuízo para a parte (o que é sempre lamentável), porém não ofensa às garantias constitucionais do processo de que ela é titular.

105. Cf. AMARAL SANTOS, Moacyr. Op. cit., vol. I, p. 190. No mesmo sentido, caso fato superveniente torne a impossibilidade bilateral: CREMASCO, Suzana Santi. Op. cit., p. 93.

106. “A inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor pressupõe dificuldade ou impossibilidade da prova apenas da parte do consumidor, não a impossibilidade absoluta da prova em si. A prova para ser transferida de um aparelho para outra ter de ser, objetivamente, possível. O que justifica a transferência do encargo respectivo é apenas a insuficiência pessoal do consumidor de promovê-la. Se este, portanto, aciona o fornecedor, arguindo fatos absolutamente impossíveis de prova, não ocorrerá a inversão do ônus *probandi*, mas a sucumbência inevitável da preten-

A proibição, sem embargo, não se deve limitar apenas à impossibilidade (absoluta) da contraprova, devendo incidir também quando ela se revelar excessivamente onerosa para a parte prejudicada (pela distribuição dinâmica), ainda que se possa considerar, no caso concreto, ter ela “melhores” condições de produzi-la do que o adversário,¹⁰⁷ pois “dificuldade” e “facilidade” não são conceitos absolutos. Pode ser que a parte não onerada (pela regra geral) tenha melhores condições de produzir a prova, mas que a dificuldade, ainda assim, seja considerável (pois “melhores condições” não é sinônimo de “facilmente”), situação em que, conforme ditado popular, não nos parece lícito “despir um santo para vestir o outro”. Se a produção da prova é possível para a parte onerada pela regra geral, a maior facilidade por si só não autorizaria a transferência do ônus.¹⁰⁸

E, ao se fazer semelhante análise, não se pode olvidar que a produção da prova não raro tem dificuldades outras (v.g., de cunho pessoal ou social),¹⁰⁹ que não a simplesmente financeira (até porque o encargo financeiro, como reconhece o Projeto do novo Código de Processo Civil, não é transferido com a redistribuição do ônus da prova).

A quarta alteração que reputamos necessária é expressamente excluir a possibilidade de distribuição dinâmica se a dificuldade ou impossibilidade de produção da prova tiver sido causada pela parte que dela busca se beneficiar.

Realmente, se a parte, por dolo ou culpa, por malícia ou desídia, contribuiu antes¹¹⁰ ou no curso do processo para que a produção da prova tenha se tornado impossível ou muito difícil, não se pode admitir que ela venha perante o juiz pleitear a alteração da regra sobre o *onus probandi* prevista na lei, tirando proveito da própria torpeza ou incurrência.

são deduzida em juízo” (THEODORO JR., Humberto. *Direitos do consumidor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 147).

107. Não se cuida, apenas, de maior comodidade por parte de um dos litigantes. Cf. CREMASCO, Suzana Santi. Op. cit., p. 87.

108. Cf. BARBERO, Sergio José. Op. cit., p. 104.

109. Como o eventual constrangimento (para relações familiares, de amizade ou profissionais) de ter de requerer que determinada pessoa preste depoimento como testemunha, para se desincumbir de ônus que originariamente a parte não possuía. Cf. YARSHIEL, Flávio Luiz. Op. cit., p. 93-94.

110. “A inexistência pode decorrer de desídia pré-processual da parte, que deixou de documentar – ou, o que seria ainda mais eficiente, instrumentalizar – o ato praticado, o dano causado, o descumprimento de obrigação etc.” (ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Op. cit., p. 11).

Com essas ressalvas, a novidade, embora menos útil e revolucionária do que muitos imaginam, e ainda bastante perigosa, talvez possa revelar-se benéfica, ao instituir um regime geral das alterações do ônus da prova (abrangendo também as inversões do *onus probandi*),¹¹¹ inclusive porque o art. 358 do PL 8.046/2010, em seus §§ 1.º e 2.º, traz solução para duas questões que costumam ser objeto de controvérsia doutrinária e jurisprudencial: a prévia ciência da parte prejudicada pela alteração e não interferência da alteração na responsabilidade pelo custo da produção da prova.

No primeiro caso, privilegia-se, como não poderia deixar de ser, o princípio constitucional do contraditório (art. 5.º, LV, da CF), que como cediço exige prévia informação e possibilidade de reação (= influência sobre a futura decisão), inexistente caso a parte pudesse saber que a regra de julgamento do art. 333 do CPC foi afastada no caso concreto apenas depois da publicação da sentença.¹¹²

No segundo, evidencia-se que a mudança da regra de julgamento (= aspecto objetivo do ônus da prova), não altera o interesse na produção da prova, que continua a ser comum (uma das partes espera que a prova revele a existência do fato constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo e o adversário a sua inexistência), mas apenas o risco da sua insuficiência, mormente porque a dificuldade que autoriza a distribuição dinâmica não é de ordem pecuniária, pois de outro modo tal obstáculo poderia ser superado mediante a aplicação da Lei 1.060/1950 (assistência judiciária) e não pela dispensa da prova do fato controvertido, e porque a própria regra do art. 19 do CPC não coincide necessariamente com a do art. 333 do CPC.¹¹³

A solução, ademais, nos parece equilibrada, porque reparte entre os litigantes os incômodos envolvidos: o que for beneficiado pela distribuição dinâmica não suportará mais o risco da valorização da prova pelo juiz, mas continuará a

111. Por força do qual, por exemplo, também se deve avisar a parte que potencialmente poderá ser prejudicada em caso de ausência de prova (suficiente) da existência de uma presunção humana (v.g., culpa em caso de colisão na traseira) em seu desfavor. Cf. CARRES, Artur. Op. cit., p. 60.

112. Cf. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. (Ainda e sempre)... cit., p. 28-37. A esse respeito não divergem os defensores da distribuição dinâmica. Cf. CARRES, Artur. Op. cit., p. 137-140; CREMASCO, Suzana Santi. Op. cit., p. 90.

113. Há que se lembrar, por exemplo, a possibilidade de o réu pleitear a produção de prova para demonstrar a inexistência do fato constitutivo alegado pelo autor, embora não seja seu, nesta situação, o ônus da prova. Cf. PESSOA, Fábio Guidi Tabosa. Op. cit., p. 1061.

arcar com o custo da sua produção; o prejudicado, por sua vez, passa a correr o risco de a prova ser insuficiente, mas não terá de custear a produção de um meio de prova que, segundo a regra originária, era mais útil ao adversário do que a si próprio.

Apenas em um aspecto esta última questão ainda mereceria ser melhor disciplinada pelo legislador. O que acontecerá se a parte beneficiada pela distribuição dinâmica (imaginemos que seja o autor) não efetuar o pagamento das custas ou despesas necessárias à realização da prova? A perda do direito de produzir a prova, que é o que aconteceria se não tivesse ocorrido a redistribuição do ônus probatório, é solução que claramente deve ser afastada, pois resultaria em prejuízo ao réu, que a ela não deu causa.¹¹⁴ Simplesmente permitir que o réu efetue tal pagamento para que a prova seja produzida, para eventualmente se ressarcir no futuro (em caso de improcedência da demanda), é resposta que também não nos satisfaz, pois deixa sem consequências o ato praticado pelo autor. Segundo pensamos, a melhor alternativa é reconhecer que, no caso, o pagamento da despesa é ônus imposto à parte para obter a redistribuição do encargo probatório, de tal sorte que, frustrada a produção da prova, deixa ela de ter direito ao benefício que havia sido concedido pelo julgador.

Sob este ponto de vista, não se pode deixar de vislumbrar, nesta situação, uma aplicação da regra antes proposta, no sentido de que a distribuição dinâmica da prova não deve ser admitida se a parte que alega a dificuldade a ela tiver dado causa, pois ao deixar de recolher as custas ou despesas necessárias, a parte beneficiada pela alteração do ônus probatório nada mais faz do que inviabilizar a produção da prova.

9. BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Insuficiência probatória, ônus da prova e poderes instrutórios do juiz. *Revista Dialética de Direito Processual*. vol. 96. p. 7. São Paulo: Dialética, 2011.
- ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. Do ônus da prova. *Revista de Processo*. vol. 71. p. 46. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 1993.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. Presentación. In: GRANDE, Maximiliano García. *Las cargas probatorias dinámicas. Inaplicabilidad*. Rosário: Juris, 2005.
114. Idêntica razão levou Heitor Sica a negar a possibilidade, em matéria de inversão do ônus da prova (no Código de Defesa do Consumidor), de que o autor-consumidor requeira a produção da prova e insista que o custo dela seja imposto ao réu-fornecedor. Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Questões velhas...* cit., p. 65.

- AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no civil e comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1949. vol. 5.
- _____. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. vol. I.
- BARBERO, Sergio José. Cargas probatorias dinâmicas: ¿Qué debe probar el que no puede probar? In: PERRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (coords.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Julgamento e ônus da prova – Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. In: MARCARO, Antonio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *Limites ao poder do juiz nas cautelares antecipatórias – Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2007. vol. 3.
- CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbary. Campinas: Bookseller, 1999. vol. III.
- _____. *Sul progetto prelimitinare Solmi. Studi sul processo civile*. Padova: Cedam, 1939. vol. 4.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1944. t. I.
- CAREES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CPRIANI, Franco. El abogado y la verdad. In: MONTERO AROCA, Juan. *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.
- DALL'AGNOL JR., Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista Jurídica*. vol. 280. p. 5. Porto Alegre: Notadez, 2001.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. vol. 2.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. vol. III.
- _____. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FAURE, Miryam Balestro. La dinámica de las cargas probatorias: Una proyección del principio que prohíbe abusar de los derechos procesales. In: PERRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (coords.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.
- GRANDE, Maximiliano Garcia. *Las cargas probatorias dinámicas. Inaplicabilidad*. Rosario: Jurs, 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- KNJINIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à Justiça e superar a probatio diabolica. In: FOX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- LEGUISAMON, Héctor E. La necesidad madurez de las cargas probatorias dinámicas. In: PERRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (coords.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- LENT, Friedrich. *Diritto processuale tedesco*. Trad. Eduardo F. Ricci. Napoli: Morano, 1962.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- LEHMANN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. vol. I.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares de processo civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as particularidades do caso concreto. Disponível em: [http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/2201/Forma%3%a7%a7%3%a3o_da_Convic%3%a7%a3%a3o_e_Invers%3%a3o.pdf?sequence=1]. Acesso em: 10.10.2007.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. vol. 2.
- MICHEL, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Bogotá: Temis, 2004.
- MONTERO AROCA, Juan. Sobre el mito autoritario de la “buena fe procesal”. In: _____. *Proceso civil e ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- MORELLO, Augusto M. *La prueba: tendencias modernas*. 2. ed. La Plata: Librería Editora Platense, 2001.
- MUNOZ, Luis E. *Los procesos ordinario, sumario y sumarísimo*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1993.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- PESSOA, Fábio Guidi Tabosa. In: MARCARO, Antonio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

- PERRANO, Jorge W. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: _____; WHITE, Inés Lépori (coords.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- _____; WHITE, Inés Lépori (coords.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- PERRANO, Marcos L. La teoría de las "cargas probatorias dinámicas" en la *flamante Ley de Enjuiciamiento Civil Española (Ley 1/2000)*. In: PERRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (coords.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- RAMBALDO, Juan Alberto. Cargas probatorias dinámicas: un giro epistemológico. In: PERRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (coords.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2. ed. Trad. Ernesto Krotoschin. Montevideo: B de F, 2002.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011.
- _____. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6.º, VIII). *Revista de Processo*. vol. 146. p. 49. São Paulo: Ed. RT, abr. 2007.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- WHITE, Inés Lépori. Cargas probatorias dinámicas. In: PERRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (coords.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. (Ainda e sempre) o momento de inversão do ônus da prova. *Revista Dialética de Direito Processual*. vol. 60. p. 28. São Paulo: Dialética, 2008.
- _____. Considerações a respeito da iniciativa instrutória do juiz no processo civil brasileiro. *Revista Dialética de Direito Processual*. vol. 59. p. 63. São Paulo: Dialética, 2008.
- _____. Presunções absolutas e devido processo legal – Inconstitucionalidade por ofensa ao direito à prova. *Revista Dialética de Direito Processual*. vol. 61. p. 33. São Paulo: Dialética, 2008.
- _____. Revelia e direito à prova. *Revista de Processo*. vol. 185. p. 35. São Paulo: Ed. RT, jul. 2010.
- ZANETTI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto, de Luiz Guilherme Bittencourt Martinoni – RT 862/11;
- Ônus da prova e o Projeto de Código de Processo Civil, de Luiz Eduardo Boaventura Pacífico – RT 913/301;
- Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo Código de Processo Civil, de João Batista Lopes – RePro 204/231; e
- Ônus da prova: noções fundamentais, de Munir Karam – RePro 17/50.